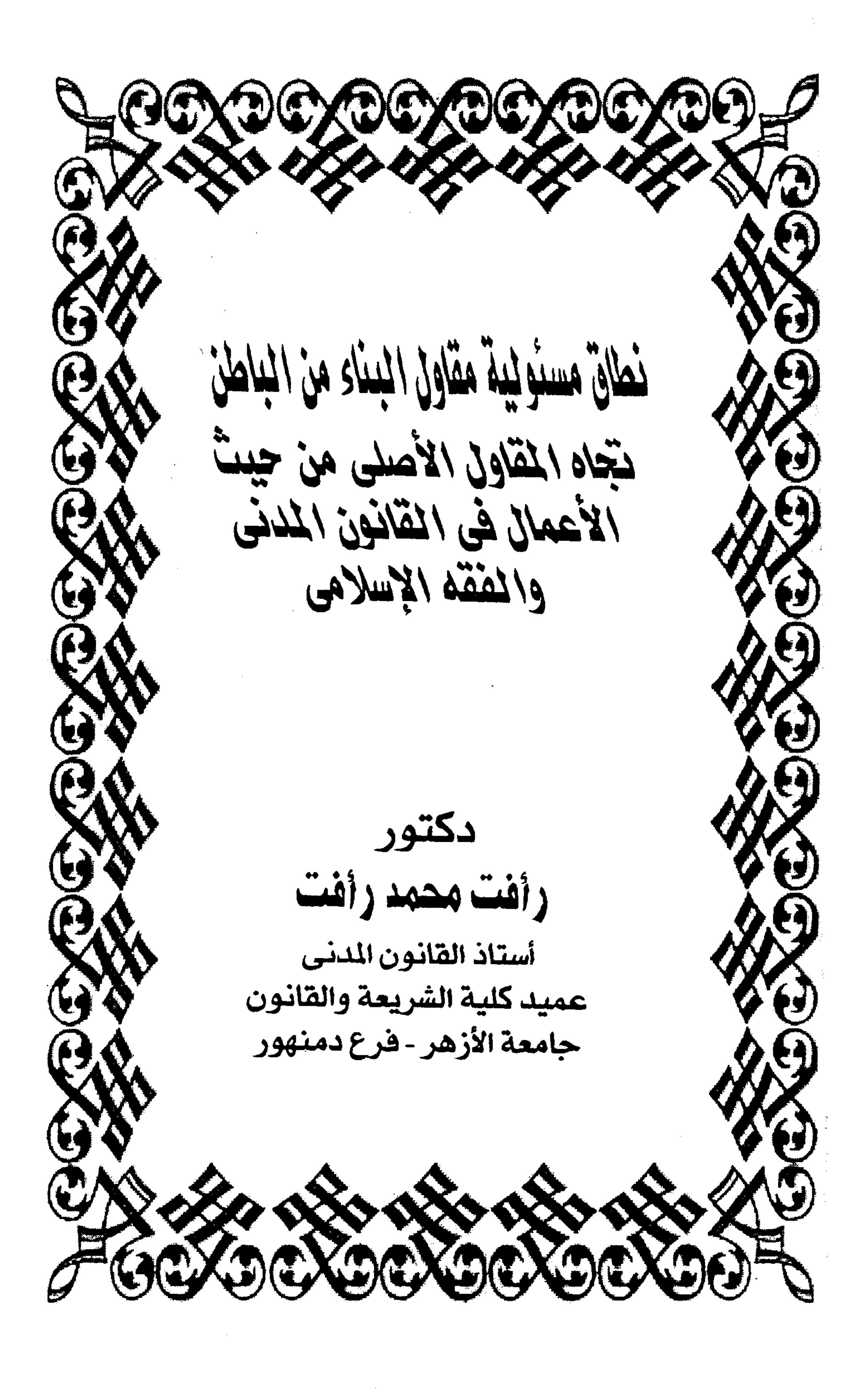


نطاق مسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه المقاول الأصلى من حيث الأعمال فى القانون المدنى والفقه الإسلامى

دكتور

رأفت محمد رأفت

أستاذ القانون المدنى

عميد كلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر - فرع دمنهور

المبحث التمهيدي

ماهية مقاولة البناء في القانون والفقه

١- نتناول بيان ماهية مقاولة البناء في هذا الفصل في القانون والفقه وذلك في مبحثين علي الوجه الآتي :

المطلب الأول

ماهية مقاولة البناء في القانون

٢- نتناول في هذا المبحث تعرف المقاولة ثم بيان مفهوم مقاولة البناء ، وطبيعتها علي الوجه الآتي :

أولاً : تعريف المقاولة :

٣- **المقاولة لغة : تعني التفاوض**[١] : أي اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدود في مدة معينة ، والمقاول : من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروطه الخاصة ، كبناء بين أو إصلاح طريق ، وتوضيح التفصيلات له يكون في العقد الذي يوقعه المتعاقدان[٢] .

٤- **أما المقاولة اصطلاحاً** : "هي" عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " (م٦٤٦ مدني مصري).

---

(١) انظر مختار الصحاح ، محمد أبي بكر الرازي ص٤٨٩ مكتبة لبنان بيروت ١٩٨٩م .

(٢) المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفي أحمد حسن الزيات ، وأخرين ، إحياء التراث العربي ، مجمع اللغة العربية ، المكتبة العلمية طهران ج٢ ، ص٧٧٣ .

ولكن يؤخذ علي نص المادة ٦٤٦ مدني مصري في تعريفها للمقاولة إنه زاد علي التعريف بقوله (أو أن يؤدي عملا) لأنه من المعلوم أن المقاول إذا صنع شيئاً فإنه يدخل في صنعه العمل سواء كان بصورة إجارة ، كأن يقدم رب العمل المادة ويقوم المقاول بالتصنيع مقابل أجر معين ، أو أن يكون بصورة استصناع كأن يقدم المقاول المادة ويقوم بتصنيعها مقابل بدل معين ، وفي كلتا الصورتين يدخل في التصنيع العمل.

كما عرف الفقه المقاولة بأنها "عقد يقصد به أن يقوم الشخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر ، دون أن يخضع لاشرافه وإدارته[1] .

٥- العلاقة بين التعريف اللغوي والتعريف الإصطلاحي : ان العلاقة بين التعريفين هي : التفاوض الذي بين المقاول ورب العمل ، من حيث بيان نوع المقاولة وجنسها وقدرها ، وصفته ، وتحديد كل من الثمن والمثمن تحديداً نافياً للجهالة المفضية إلي النواع ، ثم ما يترتب علي هذا التفاوض من تعهد الطرفين بأداء كل منهما ما يجب عليه تجاه الطرف الآخر[2] .

---

[1] د/ محمد لبيب شنب ، شرح أحكام المقاولة ص١١ طبعة ١٩٦٢ م دار النهضة العربية.

[2] انظر د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص١١ .

ثانياً : مفهوم مقاولة البناء وطبيعتها :

٦- لا شك أن المقاولات تندرج تحت عقد المقاولة عموماً ، فهناك مقاولة البناء والمنشآت ، والنقل التوريد ، وعقد النشر ، والاشغال العامة ، التزام المرافق العام ......الخ.

ولكن سنتناول بيان مفهوم عقد مقاولة البناء ، والمنشآت الثابتة ، لأنه محل بحثنا وذلك لغة واصطلاحاً.

فمقاولة البناء ، لغة : تعني بنيان الحائط[١] .

أما عقد مقاولة البناء فعرف اصطلاحاً[٢] بأنه عقد يتعهد مقاول او مهندس معماري ، بان يبني لآخر ، بناء ،أو منشآت ثابتة أخري لقاء أجر "[٣]

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يتضمن نصاً في المادة ٨٦٥ يعرف بمقتضاه عقد مقاولة البناء بأنه يرد العقد إما علي مقاولات صغيرة أو علي مقاولات كبيرة ، أو علي مقاولات تتعلق بالمرافق العامة

---

[١] مختار الصحاح – الرازي – ص٥٧ .

[٢] لم يفرد الفقه القانوني تعريفاً لعقد مقاولة البناء ، ولعل ذلك يرجع سببه إلي أن القانون عندما وضع القواعد العامة للمقاولة ، نظر فيها بصفة خاصة إلي مقاولة البناء ، ورتبوا عليها احكام المقاولة ، ولهذا فهمكثيراً ما يضربون الأمثلة عن مقاولة البناء ، اما الأنواع الأخري من المقاولات ، فقد أفردوا لها أبوابا أخري تحت عنوان " بعض أنواع المقاولات – او أنواع أخري من المقاولات ، انظر في معني ذلك د/ السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ص٣٢ .

[٣] انظر : محمد عبد الرحيم عنبر ، عقد المقاولة ،ص٥٤ طبعة ١٩٧٧ م.

ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخري أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم علي الأرض "[1] .

ومما سبق نجد ان عقد مقاولة البناء يكون محله تشييد المباني والمنشآت الثابتة الأخري كالجسور ، والسدود والخزانات ....الخ.

طبيعة الأعمال في مقاولة البناء:

٧- بعد ان وضحنا تعريف عقد مقاولة البناء يجب أن نوضح طبيعة الأعمال التي تقوم عليها هذه المقاولة ، وعلي أي شيء يتم تعهد كل من المقاول ، ورب العمل تجاه بعضهما.

في معرض بيان طبيعة الأعمال التي ترد عليها مقاولة البناء قال الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهوري (فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل ... وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمواد من عنده أو من رب العمل . فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل ، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند

---

[1] انظر مجموعة الأعمال تحضيرية للقانون المدني المصري ج٥ ص١٠/٩ وقد اقترح الأستاذ الدكتور / عبد الرازق السنهوري حذفها وذلك عند تلاوة المادة في لجنة المراجعة لأنها مجرد تعداد فوافقت اللجنة علي ذلك.

رب العمل ، وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه)[1] .

ومما سبق يتضح لنا ان طبيعة الأعمال في مقاولة البناء بصفة عامة تشتمل علي عدة صور:

الأولي : ان المقاول يقوم بتقديم المادة والعمل معاً.

الثانية : المقاول يقوم بتصنيع الشيء والمادة من عند رب العمل.

الثالثة: المقاول يقوم بالعمل علي شيء موجود وقت العقد كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه ، ولا تخرج هذه الصورة عن إحدي الصورتين السابقتين.

الرابعة : المقاول يقوم بمجرد العمل دون القيام بأي نصنيع أو تعديل وذلك كعقد النقل والمحاسبة والنشر ....الخ وهذه الصورة لا تدخل معنا في هذا البحث.

هذا وفد أوضح القانون المدني العراقي طبيعة العمل في عقد مقاولة البناء في نص المادة ٨٦٥ فيه حيث نصت علي أنه:

---

(1) انظر د/ السنهوري ، الوسيط ، ج ٧ ص٣١ مجلد اول ط١٩٨٩ م.

١- يجوز أن يقتصر المقاول علي التعهد بتقديم عمله علي أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول ، أو يستعين بها في القيام بعمله ، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً.

٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ويكون العقد استصناعاً " وواضح أن القانون المدني العراقي قد تأثر بالفقه الإسلامي حيث استعمل لفظ الأجير المشترك ، وأطلق علي العقد مسمي " عقد المقاولة والاستصناع ، وتعرضت بعض القوانين العربية لبيان طبيعة عمل مقاولة البناء بوصفها للعقد بأنه " الإجارة علي الصنع " (م ٨٢٨ من جملة الالتزامات والعقود التونسي ، ووضعه البعض الآخر بأنه " إجارة الصناعة" (م٦٢٤ من القانون اللبناني).

المطلب الثاني

ماهية عقد مقاولة البناء في الفقه الإسلامي

٨- إن عقد مقاولة البناء لم يكن معروفاً لدي الفقه الإسلامي كعقد منفصل تحت هذا المسمي ، ولكن الفقه عالجه تحت عقود أخري مسماة في الفقه ، لأن عقد مقاولة البناء يجمع بين عدة عقود في الفقه الإسلامي منها عقدي الإجارة والاستصناع (عند الحنفية) أو السلم (عند الجمهور) بافضافة إلي أن هناك عقداً أخر في الفقه قد تكون بعض صوره داخله تحت عقد مقاولة البناء وهو عقد الجعالة.

٩- وقد اتفق الفقه علي جواز عقد الإجارة علي العمل ومنه البناء[1] .

ولكن وقع الخلاف في مدي جواز وقوع مقاولة البناء في عقد الاستصناع[2].

---

[1] المغني والشرح الكبير ، ابن قدامة ج٦ ص١٠٥/١٠٦ ، البدائع للكاساني ، ج٤ ص١٤٧ طبعة ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠م.

[2] عند الاستصناع : هو عقد علي مبيع في الذمة شرط فيه العمل .... انظر البدائع للكاساني ج٥ ص٢ طبعة ١٩١٠ م وما جاء في القانون المحيط في تعريف الاستصناع لغة تحت مادة صنع الشيء صنعا بالفتح والضم ، عمله ، والمصانع القري ، والمباني من القصور والحصون . أنظر القاموس في المحيط ، الفيروز أبادي :٩٥٥.

أما الاستصناع اصطلاحا : لم يعرف عقد الاستصناع سوي الأحناف : وقد اعتمدوا في تعريفه علي أوصافه أي التعريف بالرسم حيث قال ابن الهمام " الاستصناع طلب الصنعة ، وهو ان يقول الصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر أصنع لي خفا طويلة كذا ، وسعته كذا ، أو دستا - أي برقه - تسع كذا ، ووزنها كذا ، علي هينة كذا وكذا ، ويعطي الثمن أولا يعطي شينا فيعقد الآخر معه ، جاز استحسانا تبعا للعين " أنظر شرح فتح القدير ، ابن الهمام ، ج٥ ص٣٥٥ مطبعة مصطفي محمد ، المكتبة التجارية - مصر ، وانظر في تعريفه شرح مجلة الأحكام الدلية ، محمد خالد الأتاسي : ٢/٤٠٠ مطبعة حمص سنة ١٣٥٠ هـ حيث عرفته بأنه " إذا قال لواحد من اهل الصنائع أصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشا ، وقبل الصانع ذلك ، العقد البيع استحسانا وخلاصة القول هو "عقد بيع في الذمة شرط فيه العمل بثمن معلوم".

وعقد الجعالة[1] عند الفقهاء وذلك من حيث الجواز أو من حيث التكييف.

أولاً : بالنسبـة لعقـد الاستصنـاع:

١٠- نجد من خلال أقوال جمهور الفقهاء[2] أنهم لم يجعلوا عقد الاستصناع عقداً مستقلاً عن عقد السلم وإنما جعلوه ضمن عقد السلم وأجازوه بشروط السلم حيث استندوا في ذلك إلي :

أ- أن الاستصناع من غير السلم هو بيع الانسان ما ليس عنده ولقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ، ورخص في السلم في قوله صلى الله عليه وسلم " لا تبع ما ليس عندك "[3] وقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلي أجل معلوم ".

---

[1] الجعالة بالضم لغة: ما جعل له علي عمله (القاموس المحيط ، الفيروز آبادي : ١٢٦٣ - واصطلاحا : الاجارة علي منفعة مظنون حصولها "انظر بداية المجتهد ، لابن رشد ج٢ ص٢٣٥ ، الطبعة السادسة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م دار المعرفة بيروت - لبنان .

[2] انظر عقد الاستصناع ، شرح فتح القدير ، ابن الهمام ج٥ ص٣٥٥ وما بعدها - البدائع ، للكاساني ج٥ ص٣ المجونة الكبري للإمام مالك ج٤ ص١٨،١٩ - الأم للإمام الشافعي ج٣ ص١٣١ ط٢ سنة ١٩٧٣ دار المعرفة بيروت لبنان - روضة الطالبين ، للنووي ج٤ ص٢٧ وما بعدها ، المكتب الاسلامي ، بيروت - لبنان - المغني لابن قدامة ج٤ ص٣٠٣ وما بعدها ، المكتب الاسلامي - بيروت - لبنان.

[3] أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة ، واحمد وصححه الألباني راجة ع الأرواء (١٢٩٢).

ب- إن بيع الاستصناع دون تقديم الثمن هو بيع دين دين ، وهذا لا يجوز فقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم " عن بيع الكائي بالمكائي "[1] .

ج- إن بيع الاستصناع من غير وجه السلم يحصل فيه الغرر المنهي عنه . لأن الصفة لا تضبط فيها وأعتبر الجمهور خلط جنسين فأكثر من الأجناس التي لا تنضبط بعكس المالكية[2] فقد اطلقوا الجواز في السلم ، فيها يجمع اجناساً مختلفة.

ثانياً : أما بالنسبة لعقد الجعالة:

فقد اختلفوا في مشروعيتها علي مذهبين:

الأول: جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية ، والحنابلة)[3] حيث ذهبوا إلي جواز عقد الجعالة.

والثاني : ذهب فيه فقهاء الحنفية[4] إلي المنع من الأخذ بالجعالة ، فلم يجوزوها لما فيها من الغرر في العمل والمدة قياسا علي سائر الإجارات ، وأجازوا دفع الجعل لمن يرد الضالة فقط . ولو بشرط استحساناً.

---

(1) أخرجه الدارقطني ، الحاكم ، البيهقي ، وضعفه الألباني . راجع الإرواء (١٣٨٢).

(2) انظر المدونة الكبري للامام مالك ج٤ص١٩/١٨ .

(3) انظر في عرض مشروعية الجعالة وأدلة المشروعية : بداية المجتهد ، لابن رشد ج٢ ص٢٣٥ وما بعدها – المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج٦ ص٣٥٠ وما بعدها – الروض المربع ، البهوتي ص٣٤٦ .

(4)

ولكن الراجح لدي الفقه أن عقد مقاولة البناء والمنشآت الثابتة الأخري يشتمل علي عقدين مسميين هما عقد الاستصناع ، وعقد استئجار الأجير المشترك[1].

١١- تقتضي دراستنا لمسئولية مقاول البناء من الباطن تجاه المقاول الأصلي - والتي تخضع المسئولية فيها للقواعد العامة لأحكام عقد المقاولة - البحث في نطاق هذه المسئولية سواء من حيث الأعمال.

١٢-ولذا سوف نتحدث فى نطاق مسئولية مقاول البناء من الباطن عن طبيعة الاشياء محل الاعمال التى يقوم بها مقاول البناء من الباطن ثم نتناول الغلتزامات التى يتسبب الاخلال بها وجوب مسئولية مقاول البناء من الباطن وذلك فى مبحثين على الوجه التالى :

---

[1] انظر د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، العقود المسماة ص٢٧٥ - دار الفكر طبعة٣ ص١٩٨٩ م دمشق حيث قال (واصبح مفهوم عقد المقاولة شاملا ، بصورة تستتبع الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد ، تقريراً للواقع وتمشياً مع العرف فيما لا يناقض آية قرآنية أو سنة نبوية ، مع إخضاع هذا العقد للأحكام بالاستصناع والأجير المشترك علي " أساس مماثلتها بما استجد من الحوادث " ، انظر في نفس المعني بحث لعلي عبد أبو البصل ، مجله هدي الاسلام ، وزارة الأوقاف ، الأردن ، العدد السادس ، المجلد ٣٢ ص١٤٠٨هـ ص٢١ .

المبحث الأول

طبيعة الأعمال الموجبة

لمسئولية مقاول البناء من الباطن في القانون والفقه

سوف نتناول بالشرح بيان طبيعة الأعمال الموجبة لمسئولية مقاول البناء من الباطن في القانون والفقه الإسلامي علي الوجه الآتي :

المطلب الأول

طبيعة الاعمال الموجبة لمسئولية مقاول البناء من الباطن في القانون

١٣- يذهب الفقه التقليدي إلي أن الأصل العام لتطبيق أحكام المسئولية علي مقاول البناء من الباطن أن تكون أعماله واردة علي المباني أسوة بمقاول البناء الصلي ، حيث لا يختلف محل عمل مقاول البناء من الباطن عن محل عمل مقاول البناء الأصلي فهو نفس المحل ، ولكن توسع الفقه الحديث[١] في بيان مفهوم المباني حيث يقصد بها كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتة من صنع الانسان بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها وأن توفر الحماية له ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية والخارجية[٢].

---

(١) انظر محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقرة ١٠٧ ص١٢٢ – د/ السنهوري ، مرجع سابق، ص١٠٧ فقرة ٦١ – انظر مازو ، مرجع سابق ج٣ فقرة ١٣٦٨/٥ ص٨٠٦ .

(٢) انظر في شأن هذا التعريف : اللائحة التنفيذية الصادرة ١٧ نوفمبر سنة ١٩٧٨ في شأن تحديد نطاق التأمين الإجباري من مسئولية المعماريين ، المادة (أ -٢٤١ – ٢) من تقنين التأمين الفرنسي . وقد ألغيت هذه اللائحة لعدم دستوريتها في ١٩٧٩/١١/٣٠ ويري الفقه الفرنسي بصفة عامة أن هذا التعريف يجمع العناصر المكونة لفكرة المبني في هذا انطاق الخاص – انظر في هذا المعني مودرن ، الوقائع القانونية للملكية العقارية سنة ١٩٨٠م ص٢٢٤ ، بوبلي ، مرجع سابق ، فقرة ٤٠٢ ص٢٥٥ ، بيجو ، مرجع سابق ، ص٨٢.

ومن أمثلة ذلك الفيلات ، المدارس ، المستشفيات ، العمارات ، المصانع ، المساجد ......الخ دون النظر إلي المواد التي شيدت بها فلا يشترط أن يكون المبني قد شيدت بالطوب أو بالحجارة بل يجوز أن يكون مشيداً بالخشب أو بالزجاج ، أو بأي مادة أخري كالمعادن أو البلاستيك[١] بشرط أن تكون مستقرة وثابتة في مكانها ومتصلة بالأرض بحيث لا يمكن نقلها من مكان إلي آخر دون هدم أو تلف.

وعلي ذلك نقول بأن الاكشاك والكبائن وغيرها من الشياء التي يمكن نقلها من مكان إلي آخر بدون تلف لا تتوافر فيها صفة المباني ولا تكون محلاً لعمل مقاول البناء من الباطن[٢] .

ولكن نتسأل عن حكم المنشآت الثابتة الأخري غير المباني ؟ هل تكون محلاً لعمل مقاول البناء من الباطن وبالتالي مسئوليته عنها أم لا؟

---

(١) انظر نقض مدني فرنسي ١٩٧٩/٣/٢١ ، داللوز ستة ١٩٧٩ ص٦٠٤ حيث قضي بتطبيق المسئولية الخاصة علي العمل الوارد علي مبني ثم تشييده من الزجاج بقصد إيواء بعض النباتات والزهور – انظر في نفس المعني مازو ، مرجع سابق ، فقرة ١٣٦٨ – ٤ هامش – السنهوري مرجع سابق ، ص١٠٧ فقرة ٦١ .

(٢) انظر محمد لبيب شنب ن مرجع سابق ، ص١٢٥ فقرة ١٠٧ هامش (٢) السنهوري ، مرجع سابق ، ص١٠٨ فقرة ٦١ ويصدق ذلك من باب أولي علي المنقولات من أي نوع كان من السيارات ، السفن انظر في هذا المعني : نقض مدني فرنسي ١٩٤٧/٢/١١ ج .ك . ب-٢-٢-٣٤٨٢ – نقض فرنسي ١٩٦٣/٣/٦ داللوز سنة ١٩٦٣ ص٥٠١ – انظر أيضا مازو ، مرجع سابق فقرة ١٣٦٨ –٥ص٨٠٥،٨٠٦ .

أجمع الفقه المصري[1] والفرنسي[2] علي أن المنشآت الثابتة غير المباني مثل الجسور والقناطر والخزانات والانفاق ،وغيرها تتحقق فيها مسئولية مقاول البناء من الباطن لأنها يمكن أن تتعلق بغير المباني من المنشآت الثابتة الأخري.

اما بالنسبة للمباني التي تكون في مستوي سطح الأرض أو دون مستوي الأرض مثل حفر الآبار وحفر أحواض السباحة ورصف الطرق فرأي غالبية الفقه أنها من قبيل المنشآت الثابتة أيضاً لأنه لا يتعين في المنشآت الثابتة بالمفهوم الواسع أن تكون فوق الأرض بل يصح أن تكون تحت الأرض أو في مستواها[3] .

٤٥- أما فيما يتعلق بطبيعة التزامات مقاول البناء من الباطن والتي يترتب علي الاخلال بها تحقق مسئوليته تجاه مقاول البناء الأصلي ، فإنه من

---

[1] السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق فقرة ٦١ ص١٠٨ - د/ محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ج٤ فقرة ٥٩٦ ص٤٤٩ طبعة ١٩٥٣م - د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق فقرة ١٠٧ ص١٢٦ .

[2] انظر في الفقه الفرنسي : بوبلي ، مرجع سابق ، فقرة ٣٧٥ ص٤٢١ - بيجو ، مرجع سابق فقرة ٥ مازو ، مرجع سابق ٣ ج٣ فقرة ١٣٦٨ -٥ ص٨٠٦ كوستا ، مسئولية المعماريين وفقا لقانون ٤ يناير سنة ١٩٧٨ دالوز سنة١٩٧٥ ص٣٦ .

[3] د/محمد كامل مرسي ، مرجع سابق ، فقرة ٥٩٦ ص٤٩٩- السنهوري - مرجع سابق، فقرة ٦١ ص١٠٨ - نقض مدني مصري ١٩٧٥/٥/٢١ م السنة ٢٦ق ص١٠٤٨ (في ضمان سلامة حوض السباحة وساحة لكرة السلة) ، انظر مالان فو وجستار ، القانون العقاري ، فقرة ١٤٤ ص١٦٩ طبعة١٩٨٠.

المعروف أنه طبقاً للقواعد العامة في المسئولية العقدية يتوقف علي تحديد ما إذا كان المدين (مقاول البناء من الباطن) قد أخل بتنفيذ التزامه أم لا ، ومن ثم تحقق مسئوليته العقدية ، وتتوقف أيضاً علي طبيعة هذا الالتزام نفسه وما إذا كان التزام بتحقيق نتيجة أو بمجرد بذل عناية.

ونقول : إن مسئولية مقاول البناء من الباطن تتحقق إذا لم يقم بتنفيذ عمله خالياً من العيوب ، أي يجب عليه أن ينفذه وفقاً للأصول الفنية[1] ، بمعني أن مقاول البناء من الباطن يلتزم بتحقيق نتيجة ، أي أنه يكفي أن يقيم مقاول البناء الأصلي الدليل علي وجود العيب دون أن يكلف باثبات الخطأ الذي أدي إلي العيب[2] .

---

(١) V.Fossereau P.23; Mazeaud (H,L.J) PP 80 et 81 No:1070-6 et P.90 et 91 No:1070-10 et P. 102.103 No. 1070-14, Jestaz (ph) G.P. 1969 Prècitè P.226Col 2.le Bap tonnier Deschizeaux et ledirecteur Francon Cites par Padis (p) GP . 1969 - 1 - doct - p 195 col 2 no 26, Plancoueel (A) notes . Civ 14/12/1964 D 1965 - I - P - 409 - Soinne These Lille precite T.2 -p. 580 et & rappro : Corun R.T 1962 Precite p. 672 no. 5, liet-veaux (G) : apropos de l'arret sogorb . Gp. 1960 - 7 - doct-[.51.

(٢) وقد ذهب البعض الآخر : إلي القول بأن مسئولية مقاول البناء من الباطن إنما لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ في جانبه أي أنه يلتزم ببذل عناية لأنه مهما بذل من جهد وحرص في تنفيذه لأعمال فإنه لا يمكن اغفال دور المصادفات التي يمكن أن تحدث ويبدو أن القضاء الفرنسي يأخذ بهذا .

هذا وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه بقولها : " إن التزام المقاول هو التزام بنتيجة وهي بقاء البناء الذي يشيده سليماً ومتيناً .. وان الإخلال بهذا الالتزام يقوم لمجرد اثبات عدم تحقق تلك النتيجة ، دون حاجة لاثبات خطأ ما ..[1] .

هذا ويبقي التزام مقاول البناء من الباطن بمعاونة مقاول البناء الأصلي وما يتضمنه من واجب الاعلام والإشارة بالرأي التزاماً ببذل عناية أي انه يكون مجرد التزام بوسيلة[2] .

---

(1) نقض مصري ١٩٧٠/٦/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١٠٦٨ رقم ١٧١ : وفي نفس المعني نقض ١٩٦٥/٦/١٠ نفس المجموعة السنة ١٦ص٧٣٦ رقم ١١٧ . بند ٥.

(2) Caston .P.No. 49 :Moderne Cite par caston P.38 note 19.lietveaux cite par caston precite, fossereau p.23.

Civ : 10/7/1978 cite par caston .p. 38 note20, et contr : soinne these precite T 2P.571 ets.

المطلب الثاني
طبيعة الأعمال الموجبة لمسئولية
مقاول البناء من الباطن في الفقه الاسلامي

٤٦- ذكرنا من قبل[١] أن عقد مقاولة البناء لم يكن معروفا لدي فقهاء المسلمين كعقد مستقل بهذه التسمية ، وإنما كان يعرف ضمن عقود أخري مسماة في الفقه افسلامي ، فكان عقد مقاولة البناء يجمع بين عدة عقود في الفقه الاسلامي هي عقد الاجارة[٢] ، وعقد الاستصناع (عندالحنفية)[٣] أو السلم[٤] (عند الجمهور).

وبالنظر إلي واقع مقاولات البناء أو البناء من الباطن في هذا العصر نجد أنها تحتوي علي هذين العقدين فعلا بالاضافة إلي أن هناك عقد آخر لم يذكره الفقهاء ، وهو عقد الجعالة[٥] .

---

(١) انظر الفصل التمهيدي من هذا البحث ، ص٩ بند ٨ وما بعده .

(٢) عقد الاجارة : " عقد علي منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والاباحة بعوض معلوم " انظر كفاية الاخبار في حل غاية الاختصار ، ابي بكر الحسيني ج١ ص٥٨٤ ، الطبعة الثالثة ، الشنون

(٣) سبق تعريف الاستصناع ، السلم ، الجعالة في الفصل التمهيدي من هذا البحث ص١١ وما بعدها.

(٤) سبق تعريف الاستصناع ، السلم ، الجعالة في الفصل التمهيدي من هذا البحث ص١١ وما بعدها.

(٥) سبق تعريف الاستصناع ، السلم ، الجعالة في الفصل التمهيدي من هذا البحث ص١١ وما بعدها.

إلا ان الفقهاء اتفقوا علي جواز عقد الاجارة علـي العمـل ومنـه البنـاء سواء بواسطة مقاول البناء الصلي أو مقاول البنـاء مـن البـاطن[1] . ولكـن مـا هو موقف الفقه الإسلامي من الأعمـال التـي يقـع عليهـا عقد اجارة الأعمـال الموجبة لمسئولية مقاول البناء من الباطن؟

إن عقد مقاولة البناء من الباطن يشتمل علي عقدين مسميين فـي الفقـه الاسلامي هما عقد الاستصناع وعفد استئجار الأجير المشترك[2] ، ولـذا فـإن عقد مقاولة البناء من ابلاطن لدي الفقه الإسلامي يكون محله أعمال البناء أي إقامة البناء والمنشآت الثابتة وعليه يجب بيان آراء الفقهاء في الفقه الإسـلامي في مفهوم البنـاء الثـابت الـذي يكـون محـلاً لعقـد مقاولـة البنـاء مـن البـاطن ، وبالتالي سببا في مسئوليته حيث اختلفت آراء الفقهـاء فـي بيـان طبيعـة البنـاء الثابت هل عقاراً أم منقولا علي الوجه الآتي :

(1) انظر المغني والرشح الكبير – ابن قدامة ، ج٦، ص١٠٥/١٠٦ – البدائـع للكاساني ،ج٤ ص١٤٧ الطبعة الأولي ١٣٢٨هـ/١٩١٠م مطبعة الجمالية بمصر.

(2) انظر مجلة هدي الاسلام ، علي عيد أبو البصل ص٢٣١ صـادرة من وزارة الأوقـاف الاردنية، العدد السادس ، المجلد (٣٢) طبعة ١٤٠٨ .

٤٧- آراء الفقهاء في طبيعة البناء:

الـــراي الأول:

ذهب إلي أن المنشآت الثابتة هي العقار حيث يشمل البناء والغـراس[١] فالعقار يشمل الغراس ، ويشمل البناء لأنهما متصلان بـالأرض اتصـال قـرار ولأنهما ثابتـان غير قـابلين للانتقـال وهمـا علـي شـكلهما ، بـل تتغير جالهمـا فيتحول الغراس الي احطاب ، والبنـاء إلـي أنقـاض ، وهـذا الثبـات يكفـي فـي اعتبارهما عقاراً كالأرض[٢] .

امـا الـــراي الثانـــي:

ذهب جمهور الفقهاء في معرض حديثهم عـن الشـفعة إلـي أن العقـار يشمل الأرض فقط وهو " ما لا يمكن نقله وتحويله من مكانه " والذي لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه إنما هي الأرض سواء أكانت أرض زراعيـة أم معـدة للزراعة أو البناء أو أي انتفاع آخر . وما عدا ذلك يعتبر من المنقـول لأنـه لا قرار له عندهم وإن اتصل بالأرض[٣] ، ووفقا لهذا المفهوم فإن البناء الذي

---

[١] انظر الشرح الكبير ، احمد الدردير ج٣ ص٤٧٩ ، دار الفكر بيروت .

[٢] الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، أبو زهرة ص٦٥ دار الفكر العربي سـنة ١٣٩٦ سنة ١٩٧٠ .

[٣] جاء في فتح القدير ، احمد افنـدي ، ج٧ ص٤٣٤ " وإذا تهدمت الدار أو احـترق بناؤهـا أو جف شجر البستان بغير فعل أحد ما كالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن ، لأن البنـاء والغرس تابع حتي دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ".

وقال في الهداية ، شرح بداية المبتدي ، شيخ الاسلام المرغيناني ج٧ ص٤٧٥ "ولا شـفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرضة (وهي كل بقعة بين الدور واسـعة ليس فيهـا بناء ، انظر مختار الصحاح - الرازي ص٣٧٣) وهو الصحيح مذكور في الصل لأنـه لا قرار لـه فكـان نقليا " - انظر روضـة الطـالبين ، للنـووي ج٥ ص٦٩ ، المكتـب الاسلامي - بيروت - لبنان.

يكون محل عقد مقاولة البناء من ابلاطن لا يعتبر عقاراً إنما يلحق بـالمنقول ، وإذا ثبتت فيه الشفعة إنما يكون بالتبعية للأرض.

والراجح عندي :

ان البناء وما يتصل بـالأرض من المنشآت الأخري ، اتصال قرار يعتبر هقاراً أصالة ، كما ذهب إلي ذلك أصحاب الرأي الأول ، ولا تتدخل أحكامه تبعاً للأرض ، كما ذهب إلي ذلك الجمهور.

وسبب الترجيح :

ان البناء وما يتصل بالأرض اتصال قرار لا يمكن إزالته إلا بهدمه وتغيير صورته تغيراً كلياً ، ولأن في هذا العصر قد تعددت الإنشاءات الضخمة في تشييد مبان وسدود وخزانان ...الخ فأصبحت أحكامها في حاجة إلي ضوابط عامة تضبطها.

المبحث الثانى

أسباب مسئولية مقاول البناء من الباطن في نطاق الأعمال

٤٨- يرتبط مقاول البناء من ابلاطن مع مقاول البناء الأصلي بعقد يحكم العلاقة بينهما وهو عقد مقاولة[١] ولذا نجد أن العلاقة بينهما تخضع للأحكام الواردة في عقد المقاولة كأي عقد مقاولة وخاصة أن كلمة مقاولة وردت بصورة مطلقة دون تمييز ، ولذا فإن أحكام عقد المقاولة تنطبق علي المقاولة الأولي (بين رب العمل ومقاولة البناء الأصلي) أو الثانية (المقاولة من الباطن بين مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن).

وبالتالي تنطبق علي العلاقة بين مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن ولكن سنوضح فيما بعد[٢] أن هناك مسئولية خاصة وأحكام خاصة تنص عليها المادة ٦٥١ مدني مصري تنطبق علي المقاولة الأولي أي التي بين رب العمل ومقاولة البناء الأصلي ولا تنطبق علي المقاول الثانية أي بين

---

[١] Lier- Veaux : le droit de la construction 7 edition 1982 page 272.

[٢] انظر رأينا في هذه المسألة في هذا البحث تحت عنوان " مدي انطباق المسئولية العشرية علي

مقاول البناء الأصلي ، ومقاول البناء من الباطن وهي ما تسمي بالمسئولية العشرية لأنها وردت بنصوص خاصة وتمثل ضماناً استثنائياً يقع علي المهندس المعماري والمقاول الأصلي.

وعليه فإن مقاول البناء من الباطن يتحمل بالالتزامات العامة التي تقع علي كل مقاول نحو رب العمل فإذا ما أخل بها أو بأحد منها تحققت مسئوليته تجاه مقاول البناء الصلي ، والالتزامات التي إذا ما أخل بها مقاول البناء من الباطن تحققت بسببها مسئوليته المدينة تجاه مقاول البناء الصلي هي :

أ- اخلاله بانجاز العمل علي وجه سليم.

ب- اخلاله بتسليم العمل.

ج- اخلاله بالضمان.

وسوف نتناول كل سبب من هذه الأسباب في مطلب علي الوجه الآتي.

المطلب الأول

الاخلال بانجاز العمل علي وجه سليم

٤٩- ان الالتزام الرئيسي الذي يترتب في ذمة مقاول البناء من الباطن هو الالتزام بانجاز العمل حيث تطبق أحكام المادة ٦٥٠ مدني مصري وهي تنص علي أنه إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول قام بتنفيذ العمل علي وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ.

ومعني ذلك أن مقاول البناء من الباطن عليه أن يقوم بانجاز العمل علي وجه غير مناف للعقد والعبرة هنا بعقد مقاول البناء من الباطن ، ولا يعني ذلك أنه ليس هناك قيمة لعقد البناء الصلي مع رب العمل بل أنه لا يجوز لعقد مقاول البناء من الباطن أن

مقاول البناء الأصلي ، وإلا كان هناك اختلاف في المحل ، ولهذا يجب أن يتناول عقد مقاول البناء من الباطن العمل ذاته أو كله ويجب أن ينفذه وفق التصميم الذي قدمه رب العمل فإذا خالف عقد مقاول البناء من الباطن العقد الصلي في شروطه الجوهرية- وخاصة الواردة في دفتر الشروط في مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر[1] - فإنه يقع باطلاً ويفقد وصف العقد من الباطن.

---

[1] بلانبول وريبيروواست مرجع سابق ، ج١١ فقرة ١٢٤ ص١٦٠ .

ولذا نقترح : ان يدرج شرط في عقد مقاول البناء من الباطن يلزم مقاول البناء من الباطن باعتبار عقد مقاولة البناء الأصلي جزءاً لا يتجزأ من الباطن فيما لم يرد ما يخالفه، وهذه هي الوسيلة الوحيدة لالزام مقاول البناء من الباطن باحترام عقد مقاولة البناء الأصلي لأنه أجنبي عنه ، فيجب أن يأتي التزامه باحترامه بمقتضي شرط في عقده[1] ، ولذا نجد أنه من الفائدة تقييد حق مقاول البناء الأصلي في التعاقد من الباطن علي موافقة رب العمل ، ، ويجب علي المشرع أن يجعل هذا القيد بمقتضي نص القانون ولا يتركه للاتفاق .

وأما إذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذي يقوم بهِ المقاول فلصناعة البناء أصول معروفة تتجب مراعاتها دون حاجة لذكرها في العقد[2] .

٥٠- وعلي ذلك إذا أخل مقاول البناء من الباطن بالشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التي تمليها أصول الصناعة وعرفها وتقاليدها ، وأثبت مقاول البناء الأصلي ذلك تحققت مسئوليته المدنية تجاهها دون حاجة لأن يثبت مقاول البناء الأصلي خطأ في جانب مقاول البناء من الباطن ، فإن مخالفة هذه الشروط هي ذاتها خطأ[3] .

---

[1] انظر أنور طلبه ، نماذج العقود والتصرفات ، النموذج رقم ١٧٤ .
[2] انظر السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٨١ بند ٣٧.
[3] انظر محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقرة ٧٠ ص٩٠ - عكس ذلك ، دي باج ، عقد المقاولة ، الطبعة الثانية بروكسل سنة ١٩٥١ فقرة ٨٨٠ ص٩٠٧ .

ولا يمكن لمقاول البناء من الباطن أن يتخلص من هذه المسئولية إلا باثبات السبب الأجنبي أي أن أخلاله بتلك الشروط إنما كان بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ من مقاول البناء الأصلي أو فعل الغير[1] . بشرط ألا يكون ذلك مسبوقاً بخطأ منه وإلا كان مسئولاً بقدر هذا الخطأ[2]

وذلك لأن التزام مقاول البناء من الباطن بانجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية ، فلا يكفي لاعفائه من المسئولية من التأخيرات يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك[3] ، بل عليه أن يثبت السبب الأجنبي حتي تنتفي علاقة السببية وبالتالي لا تتحقق المسئولية .

٥١- كما يلتزم مقاول البناء من الباطن بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها ، وإن لم يكن هناك اتفاق علي مدة معينة فإن يلتزم بانجازه في المدة المعقولة ، والتي تسمح بإنجازه وفقاً لطبيعته ومقداره وما يقتضيه من دقة وتبعاً لعرف الحرفة[4] .

---

(1) انظر مازو ، مرجع سابق ، ج٣ فقرة ١٣٤٧ ص١١١٥ .

(2) انظر بلانيول وريبير ورواست ، مرجع سابق ، ج١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦١ - نقض فرنسي ١٨٩٣/٧/٣ داللوز ٣٩-١-٥٩٤ انسيكلوبيدي - داللوز ٣ louage d'ouret et d'ind فقرة ٥٠ .

(3) انظر د/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، فقرة ٧٥ ص٩٣ - بوردي " وقال ، مرجع سابق ، ج٢ فقرة ٣٨٩٧ ص١٠٨٤ حيث قالا " حتي لو ثبت أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلا لانجاز العمل فانه يكون مخطئا لقبول الالتزام بانجاز العمل في هذه المدة غير الكافية ".

(4) انظر السنهوري ، مرجع سابق ن ص٢٧٣ بند ١٢٢ .

وإن كانت سلطة مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن مقيدة في هذا الشأن بالتعديل الذي أدخلته المادة ٦ مكرر من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٩٢ حيث نصت لائحته التنفيذية علي أنه " يجب أن يصدر ترخيص البناء بالاسكان متضمناً تحديداً المدة التي يجب علي المالك اتمام البناء خلالها واعداده للسكن بما لا يجاوز خمس سنوات من تاريخ صدور الترخيص المبدئي للمرحلة الأولي[١] ، ومع مراعاة حكم المادة (٩)[٢] يتعين علي الوحدة المحلية متابعة استكمال المباني المرخص بها في المدة المحدودة بالترخيص ، وأن تنبه علي ذوي الشأن بكتاب موصي عليه مصحوباً بعلم الوصول فور انقضاء هذه المدة بضرورة استكمال الأعمال خلال المدة التي تحددها بما لا يتجاوز سنة من تاريخ التنبيه.

---

(١) نصت المادة ٦ مكرر والمضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ م المعدل للقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣م والمعدل للقانون رقم١٠٦ لسنة ١٩٧٦م علي أنه "يكون الترخيص بتنفيذ الأعمال الواردة بالرخص علي مرحلتين المرحلة الأولي : ويصرح فيها بتنفيذ أعمال الأساسات حتي منسوب أرضية الدور الأرضي ، المرحلة الثانية : ويصرح باستكمال باقي الأعمال المرخص بها إذا التزم المرخص بأحكام القانون ولائحته التنفيذية.

(٢) نصت المادة ٩ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦م فس شأن توصية وتنظيم أعمال البناء علي أنه إذا مضت سنة واحدة علي منح الترخيص ، دون أن يشرع صاحب الشأن في تنفيذ الأعمال المرخص فيها ، وجب عليه تجديد الترخيص ، ويكون التجديد لمدة سنة واحدة فقط تبدأ من انقضاء السنة الأولي ، ويتبع في تقديم طلب التجديد وفحصه والبت فيه الأحكام التي تبينها اللائحة التنفيذية ، وفي تطبيق حكم هذه المادة لا يعتبر شروعاً في التنفيذ اتمام أعمال الحفر الخاصة بالاساسات.

وعلي ذلك : فإن مقاول البناء الأصلي وبالتالي مقاول البناء من الباطن يلتزمان بتلك المدة التي نص عليها المشرع وهي ما تمثل المدة المعقوله من وجهة نظر المشرع فإذا ما أخل مقاول البناء من الباطن بذلك جاز لمقاول البناء الصلي أن يطلب التنفيذ العيني ، كما يستطيع طلب فسخ عقد مقاولة البناء من الباطن ، وله أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء التأخير في التنفيذ عن الموعد المحدد.

وبمراجعة نص المادة ٦ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ نجد أن المشرع يتجه إلي تقييد الأعمال التي يشملها ترخيص البناء وبالتالي يجب ألا يتفق مقاول البناء الصلي مع مقاول البناء من الابطن علي مدد تزيد عن تلك التي حددها المشرع لاقامة كل مرحلة وإلا الغيت رخصة البناء وهنا نجد أن المشرع يقوم بتعقيد إجراءات استخراج الرخصة الأمر الذي سيدعوا العديد من الملاك والقائمين باستثمار أموالهم في قطاع الاسكان إلي الهروب بأموالهم من هذا القطاع إلي غيره وبالتالي سيؤدي إلي هروب رأس المال من المباني الأمر الذي سيؤدي بلا شك إلي زيادة المشكلة السكانية وزيادة البطالة لعد استخدام الأيدي العاملة في قطاع الإسكان ، ونري أن هذا التعديل لا أساس له من الصحة

تيسير إجراءات استخراج الترخيص وأيضاً تيسير تنفيذ أعمال البناء وليس العكس.

٥١- وعند الأخـلال بهذا الالـتزام مـن قبـل مقـاول البنـاء مـن البـاطن يكـون لمقاول البناء الأصلي فـي هـذه الحالـة تطبيقـاً للقواعـد العامـة . أمـا أن يطلب التنفيذ العيني بشرط أن يكون ذلك لا زال ممكنـاً وذلـك بواسـطة مقاول آخر علي نفقة مقاول البناء من الباطن(١) .

ويجب أن يعذر مقاول البنــاء الصلـي مقـاول البنـاء مـن البـاطن طبقـاً للقواعد العامة ، ويجوز له في حالة الاسـتعجال كمـا فـي الاذن بـترميم مـنزل آيل للسقوط أن ينفذ مقاول البناء الصلي علـي نفقـة مقـاول البنـاء مـن البـاطن دون ترخيص من القضاء (م٢٠٩ مدني) ، كما يحق لمقاول البنـاء الصلـي أن يطلب فسـخ عقـد مقاولـة البنـاء مـن البـاطن إذا كـان الاخـلال بـالالتزام يـبرر الفسخ(٢) ، وللقاضي طبقاً للقواعد العامة أن يجيـب مقـاول البنـاء الصلـي إلـي الفسخ كما أن له أن يمهل مقاول البناء مــن البـاطن حتـي يقـوم بتنفيـذ التزامـه ويحق لمقاول البناء من الباطن أن يعرض قبل النطق بالفسخ أن ينفذ التزامـه فلا يحكم القاضي الفسخ ولكن يقضي بالتعويض أن كان له محل.

(١) بودري وفال ، مرجع سابق ج٢ فقـرة ٣٩٠١ - انسيكلوبيدي - داللـوز٣ لفظ louage douv et d'ind فقرة ٥٥ - استئناف مختلط ، مايو سنة ١٩٠٦ م٨ ص٢٢٣ ز

(٢) نقض مدني مصري ١٩٥٤/٤/٢٢م مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص٧٨٨ .

وسواء طلب مقاول البناء الأصلي التنفيذ العيني أو الفسخ ، كان له أن يطلب تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء اخلال مقاول البناء من الباطن بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل وذلك طبقاً للقواعد العامة[1] .

هذا وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه فتسري أحكامه[2] ، ويجوز تخفيضه إلي مقدار ما تحقق من ضرر ، كما يجوز الاعفاء منه إذا لم يقع ضرر أصلاً[3] .

٥٢- وبمناسبة انجاز العمل نتسآل عمن يلتزم بتقديم المواد التي يحتاج إليها مقاول البناء من الباطن في تنفيذ العمل ؟ ومن الذي يلتزم باحضار الأدوات والمهمات التي تستعمل في إنجاز البناء؟

بداية نشير إلي أن مقاول البناء من الباطن قد يحتاج إلي أيد عاملة ومساعدين يعاونوه في انجاز العمل ، ففي هذه الحالة تكون أجور العمال والمقاولين علي مقاول البناء من الباطن ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك.

أما بالنسبة للمواد الأولية التي يحتاج إليها مقاول البناء من الباطن ، والأدوات والمهمات التي تستعمل في البناء فالحكم يختلف في الحالين.

---

(1) جرينوبل ١٩٥٦/٥/٣١م داللوز ١٩٥٦-٤٩١ - انظر محمد لبيب شنب فقرة٧٥ ص٩٣ هامش٢ .

(2) استئناف مصر ١٩٤٠/١١/٣٠ ، المحاماة ٢١ رقم٢٥٨ ص٥٧٥ .

(3) نقض مدني ٥ أبريل سنة١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض ٢ رقم١٠٧ص٦٤٢ .

٥٣- اولاً : بالنسبة للمواد الأولية:

نجد أن المادة ٦٤٨ مدني مصري نصت علي التزام رب العمل وهـو هنـا مقـاول البنـاء الصلـي بتقديمهـا لمقـاول البنـاء مـن البـاطن ولـو لـم يتعهـد صراحة بذلك ، ولم يرد ما يخـالف حيث لا يتعهد مقـاول البنـاء مـن البـاطن بتحملها إلا إذا تعهد صراحة بذلك . أي أن الأصل : هو تحمـل مقـاول البنـاء الأصلي بتقديم المواد الأولية إلي مقاول البناء من البـاطن مـا لـم يوجـد اتفـاق يخالف ذلك.

يتعهد مقاول البناء من الباطن بتحملها إلا إذا تعهد صراحـة بذلـك أي أن الأصل : هو تحمل مقاول البناء الأصلي بتقديم المـواد الأوليـة إلـي مقـاول البناء من الباطن ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

فإذا لم يتعهد مقاول البناء الصلي تجاه رب العمل بتقديم المواد الأولية : فإن المقاول من الباطن لا يصح أن يتعهد بذلك فـي عقـد مقاولـة البنـاء مـن الباطن حيث يلتزم رب العمل بتقديم المواد الأولية إلي مقـاول البنـاء الأصلـي الذي يلتزم بدوره بتسليمها إلي مقاول البناء من الباطن ، ويحق لمقـاول البنـاء من الباطن أن يطالب باسم مدينة رب العمـل بتقديمهـا بطريـق الدعـوي الغير مباشرة ، فإذا أخل مقاول البناء الأصلي بهذا الالتزام يترتب عليه مسئوليته

المدنية تجاه رب العمل أو تجاه مقاول البناء من الباطن ، ولا يجوز له إستبدالها أو التصرف فيها أو إتلافها لأن ذلك قد يعرضه للمسئولية المدنية والجنائية تجاه رب العمل وهي تتمثل في التنفيذ العيني ، أي إلزامه باحضار مواد من نفس الصنف والجودة مع التعويض عن الضرر إذا ترتب علي ذلك تأخير في إنجاز العمل ، ويجب علي مقاول البناء الصلي أن يقدمها بالكيفية المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن سواء دفعه واحدة أو علي دفعات ، وإذا لم يكن هناك اتفاق علي ذلك فإنه يجب تقديمها بالكيفية التي يقضي بها العرف ، وإذا تخلف عن التسليم كان لمقاول البناء من الباطن أن يدفع بعدم التنفيذ وأن يطلب الفسخ أو يطلب التنفيذ العيني الجبري وذلك باستئذان القضاء في شراء المواد الأولية علي نفقة مقاول البناء الأصلي ، وله في حالة الاستعجال أن يقوم من تلقاء نفسه بالتنفيذ علي نفقة مقاول البناء الأصلي الذي له أن يرجع بدوره علي رب العمل إذا كان الاخلال بالتسليم راجع إليه بمقتضي عقد المقاولة الأصلي وعليه فيما بعد أن يرجع إلي القضاء لاقرار الاستعجال والحصول علي ما انفقه.

وعلي العكس إذا تعهد نقاول البناء الأصلي بتقديم المواد الأولية فإنه يستطيع أن ينقل هذا الالتزام إلي مقاول البناء من الباطن ، لأن ذلك لا يتعارض مع عقد المقاولة الأصلي.

فإذا كان مقاول البناء من الباطن هو الذي تعهد بتقديم المواد الأولية التي يستخدمها كالأدوات الصحية أو الشبابيك أو الطوب أو الأسمنت كان مسئولاً عن جودتها وعليه ضمانها تجاه مقاول البناء الأصلي ، كما يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها في المادة الأولية ، وإذا لم توجد شروط متفق عليها يلزم توافرها في المواد الأولية عليه أن يختار المادة التي تفي بالغرض المقسود في عقد مقاولة البناء من الباطن أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له (م٤٤٧/١ مدني مصري)، وغذا لم يتم الاتفاق علي درجة الجودة للمواد الأولية أو لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم بأن يقدم مادة من الصنف المتوسط (م١٣٣/٢ مدني مصري)[١] .

كما يضمن مقاول البناء من الباطن ضمان العيوب الخفية التي توجد في المادة التي يقدمها حتي ولو لم يكن عالما بوجودها (م٤٤٧/١ مدني مصري) ولكن لا يضمن عيباً جري العرف علي التسامح فيه[٢] (م٤٤٨ مدني مصري).

(١)

(٢)

ولا يضمن مقاول البناء من الباطن العيوب التي كان مقاول البناء الأصلي يعرفها وقت تمام صنع الشيء أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه أو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت مقاول البناء الصلي أن مقاول البناء من الباطن قد أكد خلو الشيء من هذا العيب أو اثبت أن مقاول البناء من الباطن قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه (٢/٤٤٧٦ مدني مصري).

ويجب علي مقاول البناء الصلي عند اكتشافه للعيب أن يخطر به مقاول البناء من الباطن ، والاعتبر قابلاً للشيء بما فيه من العيب (م٢/٤٤٩ مدني) وذلك في الوقت الملائم (م٤٥٠ مدني) ويحق له أن يرجع عليه بالضمان المنصوص عليه في المادة ٤٤٤ مدني مصري.

٥٤- ثانياً : بالنسبة للأدوات والمهمات اللازمة لانجاز العمل:

فإن الأمر فيها يختلف عن المواد الأولية فإنها تقع علي عاتق مقاول البناء من الباطن دون حاجة إلي اشتراط ذلك في العقد ، ما لم يتفق أو يقضي عرف المهنة بخلاف ذلك ، حيث يجب عليه أن يأتي بها علي نفقته سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن.

أما إذا تعهد رب العمل لمقاول البناء الصلي بتقديم الأدوات فعليه التزام بتسليمها بذاتها لمقاول البناء من الباطن ، ويقع التزام علي مقاول البناء من الباطن بتسليمها وإلا كان مخلاً بالتزامه بانجاز العمل ، ولا يجوز في عقد

مقاولة البناء من الباطن الاتفاق علي خلاف تعهد رب العمل سواء كان هذا التعهد مصدره العرف أو الشرط الصريح في عقد مقاولة البناء الأصلي.

إما إذا لم يوجد التزام علي رب العمل بتقديم الدوات والمهمات فإن مقاول البناء الصلي يجوز لن يتعهد بتقديمها ، ويجوز أن يتفق علي تحمل مقاول البناء من الباطن وذلك خلافاً لما جري عليه العرف الذي يضع علي مقاول البناء الصلي التزاماً بتقديمها[1] .

٥٥- ولكن ما مدي مسئولية مقاول البناء من الباطن بصدد انجاز البناء في حالة وفاة مقاول البناء الأصلي أثناء انجازه؟

وما مدي مسئولية ورثته في حالة وفاة مقاول البناء من الباطن؟

بداية تسير إلي أن عقد مقاول البناء من الباطن يرتبط بعلاقة تبعية بعقد مقاول البناء الأصلي مع رب العمل وعلي ذلك فإذا ما توفي مقاول البناء الأصلي فإنه يترتب علي ذلك انقضاء عقد مقاولة البناء الأصلي إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد وبالتالي ينقضي عقد مقاولة البناء من الباطن أما إذا لم تكن شخصية مقاول البناء الأصلي محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل أن يتحلل من العقد إلا وفقاً

---

[1] انظر مصطفي الجارحي ، مرجع سابق ص٤٩ .

للحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ مدني مصري إلا إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن سير العمل . وفي هذه الحالة تتحدد حقوق مقاول البناء من الباطن بناء علي نص المادة ١/٦٦٧ مدني عصري والتي تنص علي أنه " في حالة وفاة المقاول الأصلي يجب علي رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات.

هذا ويجب علي تركة مقاولة البناء الصلي إن ترد بدورها هذه المبالغ إلي مقاول البناء من الباطن لأنه قام بهذه الأعمال بسبب عقد مقاولة البناء من الباطن ، وذلك بشرط الا يثري مقاول البناء من الباطن من وراء ذلك شيئاً.

ويحق لرب العمل أن يطالب بتسليم المواد التي أعدها والرسوم التي بدء في تنفيذها علي أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً (م٢/٦٦٧ مدني مصري).

أما إذا لم ينقض العقد الأصلي ولم يحدث تحلل منه ، كأن يستمر العقد لصالح ورثة مقاول البناء الصلي ، فإن عقد مقاولة البناء من الباطن لا ينفسخ بل يستمر لصالح الورثة.

أما في حالة وفاة مقاول البناء من الباطن : فإن عقد مقاولة البناء من الباطن يلحقه انفساخ أو يتحلل منه مقاول البناء ، وذلك لاستحالة تنفيذه بسبب

أجنبي ، ويجب علي مقاول البناء الأصلي أن يدفع لتركة مقاول البناء من الباطن قيمة ما تم انجازه من الأعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات ، ولا يترتب علي انفساخ أو تحلل مقاول البناء الأصلي من عقد مقاولة البناء من الباطن بطلان أو انفساخ عقد مقاولة البناء الأصلي مع رب العمل لن عقد مقاولة البناء من الباطن تابع لعقد مقاولة البناء الصلي وليس العكس.

اما في حالة وفاة رب العمل : فإن عقد مقاول البناء الأصلي يستمر لصالح الورثة ، وكذلك يستمر بالتالي عقد مقاولة البناء من الباطن أن محل العمل وهو إقامة البناء لا يتعلق بشخص رب العمل.

٥٦- قد يعترض مقاول البناء من الباطن أسباب تجعل تنفيذ العقد بالنسبة له مستحيلاً فهل ينفسخ العقد في هذه الحالة وفقاً لظاهر نص المادة ٦٦٤ مدني مصري والتي تنص علي أنه ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه"؟

إذا ما نظرنا إلي ظاهر نص المادة ٦٦٤ مدني مصري نجد أنها اتاحت انقضاء العقد حتي ولو كانت الاستحالة نسبية ولكننا نري أنه يجب مراعاة القواعد العامة والتي تشترط أن تكون الاستحالة مطلقة وهو الرأي

الراجح في الفقه حتي ينقضي عقد مقاولة البناء من الباطن وذلك علي أساس انفساخ العقد أما إذا كان الاستحالة نسبية فلا يترتب عليها انقضاء العقد ويمكن للمقاول الأصلي أن يطالب بالتنفيذ العيني وذلك علي نفقة مقاول البناء من الباطن.

اما إذا كان التنفيذ ممكناً ولكنه بسبب إرهاقاً لمقاول البناء من الباطن فإنه لا يترتب علي ذلك انقضاء العقد ولكن نكون بصدد تطبيق نص المادة ٤/٦٥٨ مدني والتي تنص علي أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد "هذا ويمكن في ظل هذا النص الخاص أن ريرجع القاضي أيضاً إلي النص العام لنظرية الظروف الطارئة لأنه نص متعلق بالنظام العام حيث جاء في المادة ٢/١٤٧ بانه " ومع ذلك إذا طرأت حوداث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب علي حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك.

المطلب الثانى

الاخلال بالتزام تسليم العمل

٧٥- يترتب علي إخلال مقاول البناء من الباطن بالتزامه بتسليم العمل لمقاول البناء الأصلي مسئوليته العقدية تجاه مقاول البناء الأصلي، فالتزام مقاول البناء من الباطن بتسليم العمل التزام مستقل عن التزامه بانجاز العمل ، ويقصد به أن يخلي مقاول البناء من الباطن بينه وبين المبني الذي تحت يده وفي حيازته بعد تمام انجازه ليكون تحت تصرف مقاول البناء الأصلي ، بحيث يستطيع أن ينفذ التزامه بتسليمه بدوره إلي رب العمل تنفيذاً لعقد المقاولة الأصلي.

والالتزام بتسليم العمل الالتزام مستقل عن التزام بانجاز العمل - كما سبق الذكر - فالأخير التزام يتولد عن العقد وغير مضاف إلي أجل إلا إذا اتفق علي أجل ، فيجب أن يبدأ مقاول البناء من الباطن بتنفيذ العمل ، ثم بعد إتمام انجازه في المدة المحددة او حسب ما يجري به عرف المهنة إذا لم تكن محددة يأتي الالتزام بالتسليم ، فهو يعني المدة التي يجب أن يتم فيها الانجاز ويتم فيها تسليم العمل ، وهذا هو المقصود بميعاد التسليم.

ولقد اشار المشرع في الجمع بينهما في نص المادة ٦٥٥ مدني مصري بقوله " متي اتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب علي هذا أن يبادر إلي تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات ، فإذا أمتنع دون سبب مشروع عن التسلم ، رغم دعوته إلي ذلك بإنذار رسمي أعتبر أن العمل قد سلم إليه " ، ولم تكن المادة ١٧٩٢-٦ مدني فرنسي صريحة في معني هذا الالتزام صراحة النص المصري ، إلا انه يمكن أن يفهم منها ايضاً بأنها تقضي بأن التسليم يتم بناء علي طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل به " وهو هنا غالباً مقاول البناء من الباطن وذلك بشكل ودي وإلا فقضائي.

ومدة انجاز العمل عادة تكون محددة في العقد ، أو تكون حسب عرف المهنة إذا لم تكن محددة[1] أي في هذه الحالة يجب أن يتم التسليم في موعد معقول ، ويراعي في تحديده طبيعة العمل ، وما يستغرقه عادة من الوقت ، وإمكانيات مقاول البناء من الباطن المعلومة لمقاول البناء الأصلي ، والغرض المقصود من المقاولة إذا كان مقاول البناء من الباطن يعلم به.

---

[1] انظر د/السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ، ص٢١٧ .

ولا يشترط لتمام التسليم أن يضع مقاول البناء الأصلي يده فعلاً عليه ما دام مقاول البناء من الباطن قد أعلمه بذلك.

وإذا كان تسليم العمل بعد إتمامه يمثل التزاماً يقع علي جانب مقاول البناء من الباطن في عقد مقاولة البناء من الباطن ، حيث يلتزم بأدائه في الزمان[1] والمكان[2] المحددين اتفاقاً في عقد مقاولة البناء من الباطن ، او رعفاء، وهو يتم بوضع العمل بعد انجازه تحت تصرف مقاول البناء الصلي بحيث يستطيع الأخير الاستيلاء عليه ، وممارسة كافة حقوقه المتعلقة به دون عائق مادي او قانوني[3] ، فإنه طبقاً للمجري العادي للأمور ، والتزاماً بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يلتزم مقاول البناء الأصلي من جانبه بتسلم العمل

---

(1) وقت التسليم قد يتحدد اتفاقيا بين الأطراف وبالتالي يلتزم مقاول البناء من الباطن بهذا الوقت (السنهوري الوسيط ج٧/١ بند ٤٣ ص٧٦ وما بعدها وفقرة ٥٠ص٨٩ وما بعدها وقد لا يكون قد حدد ميعاد التسليم وإنما حدد في العقد موعد للإنتهاء من تنفيذ العمل فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء (محمد ابيب شنب : مرجع سابق ، بند٨١ ص١٠٠ وانظر تعليق بوبلي علي نقض فرنسي مدني الدائرة الثالثة في ١٩٨٠/١٠/٣م تمجل التفصيله للقانون العقاري ١٩٨١ -٢ ص ٢٢٦). ولكن قد يحدث أن لا يحدد الأطراف (مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن) ميعاد للتسليم ولا موعد الانجاز العمل ، فيجب أن يتم التسليم في موعد معقول يراعي في تحديده ظروف الحال ومتطلباته وما جري عليه عرف التعامل (محمد لبيب شنب، مرجع سابق فقرة١٢٧ ص١٥٣).

(2) من خصائص محل التزام مقاول البناء من الباطن أنه عقار ومن خصائصه الثبات والاستقرار علي الأرض فلا يتصور الاتفاق علي تسليمه في مكان غير مكان وجوده (السنهوري، الوسيط ، ج١،٧ بند ٨٣ ص١٥١).

(3)

بعد إنجازه ، وذلك بوضع يده عليه – فعلا او حكماً (وذلك في حالة تراخي وإهمال مقاول البناء الأصلي في التسلم وتوجيه انذاراً رسمياً من مقاول البناء من الباطن يدعوه للاستلام) – بحيث تبرأ ذمة مقاول البناء من الباطن من التزامه قبله، ولكي يترتب علي التسليم أثاره القانونية يجب أن يقترن به تسلم من قبل مقاول البناء الأصلي سواء كان هذا التسليم فعلياً او حكمياً ، فكل من الالتزامين مرتبط بالآخر وكلاهما وجهان لعملة واحدة.

وعلي ذلك يمكن القول بان التسلم من جهة مقاول البناء الأصلي – فعلياً أو حكمياً – هو الذي يجعل عملية التسليم ترتب آثارها القانونية من براءة ذمة مقاول البناء من الباطن ولو مؤقتاً وانتقال الشيء محل التسليم إلي حيازة المتسلم (مقاول البناء الأصلي) بشرط أن تكون الأعمال صالحة في مجموعها لكي تسلم إليه حتي لا يكون لمقاول البناء الأصلي عذر يبرر امتناعه عنه[١] .

وبعد أن وضحنا بيان مفهوم التسليم فيمكن لنا أن نوضح الطبيعة القانونية للتسليم والتسلم ثم صور أو أشكال التسليم وأخيراً أثاره القانونية علي الوجه الآتي:-

---

[١] كأن يكون للعمل به عيوب أو غير تام أو قبل الميعاد ، ونري أنه يجب أن تكون أسباب الامتناع عن التسليم مثبتة بورقة رسمية بحيث تكون رداً علي الانذار الرسمي الذي أرسله مقاول البناء من الباطن لمقاول البناء الأصلي لتسلم العمل . أمام إذا لم تكن هناك أسباب مشروعة فإن النص في المادة ٤٣٥ مدني مصري يعتبر أن العمل قد سلم إليه.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للالتزام بالتسليم والتسلم

٥٨- لنا في البداية أن نتسآل ما هي الطبيعة القانونية للالتزام بالتسليم من جهة مقاول البناء من الباطن ، التسلم من جهة مقاول البناء الأصلي؟

إن الفقه الفرنسي قد اختلف في هذه المسألة إلي ثلاثة اتجاهات:

٥٩- الاتجاه الأول : ذهب إلي النظر للتسليم علي انه مجرد واقعة مادية أو عمل مادي ، أي أنه واقعة قانونية وليس عملاً قانونياً ، أي أنه مجرد وسيلة فنية عادية للتثبت من إعطاء[١] الأعمال لمقاول البناء الأصلي[٢] .

وقد استند هذا الاتجاه في تأييد رأيه علي تفسير معني الوفاء باعتباره وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام في القواعد العامة ، حيث يرتب المشرع أثراً علي الوفاء ، وهو إبراء ذمة المدين (مقاول البناء من الباطن)، طالما أن المدين قد وفي بالتزامه مطابقاً تمام لما تعهد به في مواجهة الدائن، وبتطبيق هذا المفهوم علي عملية التسليم التي يلتزم بها مقاول البناء من الباطن نجد ان أصحاب هذا الراي يرون أن عملية التسليم ليست هي التي تعفي مقاول البناء من الباطن ، لأنها لا تثبت سوي مجرد تنفيذه لالتزامه ، وليس مطابقة ما نفذه

---

(١) Boubli : "une banale lechnique de constation de la delivrance "1971 Precite No8.

(٢) Saint-Alary ® : Droit de la construction - ed 1982.p.142.

من أعمال لما تعهد به في مواجهة مقاول البناء الأصلي ، وبالمقابلة فإنه حتي بدون تسليم للأعمال ، يكفي مجرد ثبوت هذه المطابقة حتي تبرأ ذمة مقاول البناء من الباطن بإرادة المشرع نفسه ، بما يعني أن اعلان إرادة مقاول البناء الأصلي في معني الموافقة علي الأعمال المنفذة لا يضيف جديداً في هذه الحالة[1] بل يقتصر دوره علي أن يسمح للقانون بانتاج أثاره ، فهو لا يعتبر قد باشر عملاً قانونياً إلا عندما يرفض التسليم أو يقرر وضع تحفظات لأنه بذلك يرجىء النتائج القانونية للتسليم.

ولكننا نري : أن وقوف انصار هذا الرأي عند الجانب المادي لعملية التسليم فقط مجرد افتراض نظري يخالف الواقع ، ولا يتفق مع مقتضيات المنطق القانوني السليم فقوله بان الآثار التي تترتب علي واقعة التسليم ، ليس للإرادة فيها دخل ، وإنما للقانون وحده هو الذي ينشئها ويرتبها علي تلك ، فإننا يمكن ان نرد علي ذلك بدفعين:

الأول : أننا نجد ان أصحاب هذا الرأي يتناقضون مع أنفسهم وذلك باقرارهم لدور الإرادة عند الرفض أو التسليم مع التحفظ وينكرون دورها عند التسليم بدون تحفظات ، مع ان الإرادة واحدة في الحالتين.

---

[1] انظر في عرض هذا الرأي : Boubli, 1971 , precite 170 5P.153-157.

الثاني : إذا كان القانون مصدر كل الالتزامات والتعهدات ، ولكنـه المصـدر البعيـد لهـا ، ولا شـك أن هنـاك مصـادر أقـرب منـه منهـا الارادة ، فلايجب انكار مالها من دور في هذا الشأن[1] .

٦٠- أما الاتجاه الثاني : فيري أن التسليم اتفاق منفصل عن العقد الأصلي (عقد المقاولة من الباطن):

ذهب البعض من الفقه[2] إلي ان التسليم هو اتفاق مستقل ومتميز عن العقد الأصلي (عقد المقاولة من الباطن) وهو المنعقد بين مقاول البناء الأصلي ، ومقاول البناء من الباطن ، أي أننا بصدد عقدين متعاقبين مستقلين ومتميزين عن بعضهما ، حيث يقوم عقد التسليم علي انقضـاء عقد مقاولـة البنـاء مـن الباطن ، وأن اتفاق التسليم الذي يقوم بين ذات الأطراف ويوقـع منهـم يـترتب عليه أثاره وهو انقضاء الالتزامات التعاقدية وفقاً للقانون العام للعقود[3] .

(١) السـنهوري ، الوسـيط ، ج١ط٢ سـنة ١٩٦٤م ، دار النهضـــة العربيـــة فقــرة ٩٠٢ ص١٤٣٨، د/

(٢) انظر عرض هذا الـرأي والتطبيق عليـه، مـدام مـاري رينـو تسلم الأعمـال فـي قـانون التشييد la reception des travaus en droit de la construction مجلـة القـانون المدنيـة Revue Droit et ville ١٩٨١ فقرة ١٤ ص١٠٨ وما بعدها . انظر أيضـا سـوانsoinne مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين بعد تسلم الأعمـال ، رسـالة مـن ليـل ١٩٦٩ ج٢ ص٥٣٤

(٣) Saint - Alary

ويستند انصار هذا الاتجاه في تأييد رأيهم إلي أن قيام مقاول البناء من الباطن بمطالبة مقاول البنـاء الأصلي بتسلم الأعمـال إنمـا يعتبر ذلـك بمثابـة إيجاباً بالوفاء ما دام أن هذا الأخير هو تنفيذ قصدي للالتزام ، وهو ما يحدث تماماً حيث أتم مقاول البناء من الباطن البناء ، ومن ثم نفذ التزامه عن طريـق وفاء بتسليم الأعمال وهذا الوفاء يجب أن يكون مقبولاً ، وإلا أن نكون بصـدد وفاء وبقوبل الايجاب بالوفاء يظهر هذا الرضا ، فالتسلم إذن هو قبـول للوفـاء من جانب مقاول البناء الأصلي[١] .

ويعيب هذا الاتجاه : انـه يجعـل عمليـة التسـليم والتسـلم عمليـة حضورية ، تتم بين مقاول البناء من الباطن ، مقاول البناء الأصلي ، وبالتـالي لا يستجيب لحالة التسليم الحكمـي المنصـوص عليهـا فـي المـادة ٦٥٥ مدنـي مصـري حيث يمتنـع مقـاول البنـاء الأصلـي دون سببب مشـروع عـن تسـلم الأعمال التي تمت ، رغم دعوته إلي ذلك بـانذار رسـمي إذ يعتبر العمـل فـي هذه الحالة قد سلم إليـه ، فـي حيـن أنـه ، واقعيـاً لـم يظهـر رضـاه بالأعمـال المنفذة[٢] .

---

(1) [٢]Saint-alary :ed 1977 P.573.

(2) [١]Caston :p.75 No 113 . مدام ماري رينو : المقال السابق فقرة ١٤ ص١٠٨ وما بعدها.

٦١- **واما الاتجاه الثالث** : فيري أصحاب هذا الاتجاه أن التسليم والتسلم عمل قانوني انفرادي من كلا الطرفين (مقابل البناء من الباطنن مقاول البناء الأصلي).

حيث يرون أن التسليم ما هو إلا تغيير عن إرادة منفردة لمقاول البناء من الباطن يعني به انتهائه من انجاز العمل وفقاً للمواصفات المطلوبة ، في حين أن تسلم مقاول البناء الصلي للأعمال مكتملة ما هو أيضاً إلا تعبير عن إرادة منفردة من جانبه في معني موافقته علي هذه الأعمال ، وإقرار منه أنها قد نفذت بشكل مطابق للمواصفات المطلوبة[١] .

هذا ويري أنصار هذا الاتجاه أن الطابع الانفرادي لكل من عملية التسليم والتسلم لا يتعارض مع ما اقتضاه المشرع الفرنسي من ان التسليم يجب أن يكون حضورياً وبناء علي طلب الطرف الأكثر حرصاً فهذه أمور تتعلق بكيفية التسليم وليس بطبيعته القانونية[٢] ، فتسليم الأعمال هو في حقيقته

---

[١] Mazeaud (H,L,J) :PP . 81 No 1070-6 et pp 84, 85 No 1070-8

- LaBin (J edourard) La responsabilite des archiitectes et son assurance. These paris, 1978,P.106.
- Costa (JL) : la responsabilite des constructeurs d'apres la loi du 4 Januier 1978 D. 1979 chr-p. 40-41.
- Caston : la responsalilite des constructeurs p. 74 No 112 2ed

[٢] انظر جودميه " تسلم الأعمال في القانون المنظم لتأمين البناء "

la Reception de l'ouvrage dans la loi refomant l'assurance-construction "M>T.P. et du Bat 23 Avril 1979 No105.

العمل القانوني الصادر بارادة منفردة هي إرادة مقاول البناء من الباطن ، وتسلم الأعمال أيضاً عمل قانوني صادر بارداة منفردة من قبل مقاول البناء الصلي ويتم حضورياً[1] .

وقد استند أنصار هذا الرأي إلي الحجيج الآتية في تأييد رأيهم[2] .

أ- أن المادة رقم ٦/١٧٩٢ فقرة أولي مدني فرنسي نصت علي أن التسليم هو " العمل الذي عن طريقه يقر رب العمل بقبوله الأعمال ... وصياغة النص توحي بأن التسلم هو عمل رب العمل (مقاول البناء الصلي) وبالتالي يفهم منه بطريقة اللزوم انصراف إرادته إلي اعتبار التسلم عمل قانوني صادر عن إرادة رب العمل (مقاول البناء الأصلي) المنفردة[3] ، ولا دخل لإرادة المقاول (مقاول البناء من الباطن) في ذلك ، والعكس صحيح بان التسليم أيضاً تصرف ارادي منفرد صادر من مقاول البناء من الباطن ولا دخل لمقاول البناء الأصلي (رب العمل) في ذلك.

---

[1] مالنفووجستاز : مقال : قانون ١٢ لسنة ٨٧ المتعلق بالمسئولية والتأمين في مجال البناء "الاسبوع القانوني" ١٩٧٨ -١-٢٩٠٠ فقرة رقم ٨.

[2] انظر في عرض هذه الحجج د/ عبد الرازق حسين يس ، مرجع سابق ، ص١٦٥،١٦٦ .

[3] جودبيه ، مقال سابق ، ص١٠٥ رقم١٧ .

ب- ويؤيد المفهوم السابق الأعمال التحضيرية لنص المادة ٦/١٧٩٢ حيث ينص مشروع الحكومة علي أن " الأطراف يحددون في اتفاق عام التايرخ المراد الاتفاق عليه لانجاز الأعمال " ولكن عدل النص بناء علي اقتراح مقرر اللجنة التشريعية بمجلس الشيوخ بحذف عبارة " اتفاق عام للأطراف " وأقره المجلس بعد الحذف.

٦٢- ولكننا لا نتفق مع أصحاب هذا الاتجاه في النظر إلي التسليم والتسليم علي أن كل منهما تصرف قانوني منفرد ، لأنه من المعلوم أن عقد المقاولة من الباطن من العقود التبادلية حيث يلزم فيه مقاول البناء من الباطن بتسليم الأعمال بعد إنجازها وإتمامها ، ومقابل ذلك الالتزام التزاماً أخر علي مقاول البناء الأصلي ، وهو التزامه بتسلم العمل والقيام بمعاينته وفحصه والتأكد من مطابقة التنفيذ للمواصفات المطلوبة في العقد فتسليم مقاول البناء من الباطن للأعمال التزام تعاقدي يستند في أساسه القانوني إلي عقد المقاولة من الباطن ، وليس خارج عنه ، وكذلك التزام مقاول البناء الأصلي بتسلم العمل التزام تعاقدي يجد أساسه في عقد المقاولة من الباطن ، ومن المعلوم أن الالتزامات التعاقدية التزامات صادرة بناء علي توافق إرادتين أو أكثر في صلب عقد مقاولة البناء من الباطن ، ولا يمكن اعتبارها التزامات صادرة من جانب واحد.

وبالتالي لا يمكن القول بان تسليم مقاول البناء من الباطن للعمل بعد انجازه طبقاً للمواصفات الفنية المطلوبة في عقد مقاولة البناء من الباطن هو عمل قانوني صادر عن ارادة منفردة ، وكذلك لا يمكن القول بأن تسلم مقاول البناء الأصلي هو عمل قانوني صادر عن إرادة منفردة لأن تنفيذ كلاً منهما لهذين الالتزامين إنما هو تنفيذاً لالتزامات مفروضة عليهما بمقتضي عقد مقاولة البناء من الباطن والموقع منهما ، وإلا فكيف يجبر مقاول البناء من الباطن مقاول البناء الأصلي علي تسلم العمل ، والعكس أيضاً كيف يجبر مقاول البناء الأصلي مقاول البناء من الباطن بضرورة تسليم العمل بعد انجازه؟

ولو كان التسليم عمل إرادي منفرد فمن غير المتصور أن يجبر مقاول البناء من الباطن علي اتيان عمل بار اداته المنفردة ، وعلي غير إرادته ، وهو مكره علي ذلك ، والعكس أيضً صحيح بالنسبة لمقاول البناء الأصلي فلا يجبر علي اتيان عمل بارادته المنفردة.

وعلي ذلك يمكن لنا القول : بعد العرض السابق لبيان رأي الفقه في الطبيعة القانونية للتسليم ، بأن التسليم وإن كان عمل قانوني ، وليس مجرد واقعة قانونية إلا أنه ليس صادر عن إرادة منفردة ، وإنما هو صادر عن

التزام تعاقدي يقوم به مقاول البناء من الباطن بمقتضي عقد مقاولة البنـاء مـن الباطن المبرم بينه وبين مقاول البناء الأصلي ، ويجد أساسه القانوني فيه طبقاً لما اتفق عليه أطرافه ، فلا هو صادر عن إرادة منفردة ولا عـن اتفـاق أخـر مستقل عن عقد المقاولة للبناء من الباطن ، بل هـو عمـل قـانوني صـادر عـن إرادة مشتركة انصبت في عقد مقاولة البناء من الباطن.

الفرع الثانى

صور وطرق التسليم

٦٣- إن التسليم الذي يقوم به مقاول البناء من الباطن للمقاول الأصلي غالباً ما يكون في شكل صريح (قد يكون رضائياً بين أطرافه أو قضائياً إذا تخلف عنصر الرضا)، أو ضمني يستخلص من ظروف يمكن أن تتأثر بعامل الزمن فيجري التسليم بطرق متعددة ، وهذه الطرق يمكن أن تتأثر بعامل الزمن فيجري التسليم مرة واحدة ، وأخذاً بمبدأ وحدة التسليم أو علي مرتين أخذاً بمبدأ إزدواجية التسليم حيث يتم مؤقتاً أولا ثم نهائياً ثانياً ، كما قد يتأثر بعامل الكم فيكون التسليم كلياً أو جزئياً.

وعلي ذلك سنتناول بيان صور التسليم أولا ثم نتناول بعد ذلك طرق التسليم.

أ- صور التسليم

٦٤- ذكرنا أن التسليم قد يكون في صورته صريحاً سواء كان رضائياً أو قضائياً عند تخلف عنصر الرضا ، وقد يكون ضمنياً يستخلص من ظروف الحال وسوف نتناول بيان التسليم الصريح بشقيه والتسليم الضمني علي الوجه الآتي :

٦٥- أولاً : التسليم الصريح:

وهو إما ان يكون رضائياً أو قضائياً علي النحو التالي :

١- **التسليم الرضائي**: إن لمقاول البناء من الباطن مصلحة في ان يوجد لنفسه دليلاً كتابياً علي تسليمه الأعمال محل المقاولة من الباطن لمقاول البناء الصلي ، حيث جرت العادة علي أن يحرر محضر بهذا التسليم يوقع عليه مقاول البناء الصلي أساساً ، وفي هذه الحالة يقال أن التسليم قد تم صراحة ، ولا تكاد تثور مشكلة بصدر التسليم الصريح من جهة مقاول البناء الأصلي سواء في القانون المصري أو الفرنسي ، وذلك إذا ما تم رضائياً بين أطرافه وذلك في حضورهم وبالشكل الذي يرونه محققاً لمصالحهم ، فإذا ما تحقق التسليم الصريح بمقتضي محضر يثبت التسليم والتسلم فلا يشترط في هذا المحضر أي شكل خاص سواء في القانون المصري أو في القانون الفرنسي[١] ولا شك أن من يطلب التسليم والتسلم هو ما تقوم له مصلحة في طلبه ، وهو غالباً ما يكون مقاول البناء من الباطن ، لما يترتب علي ذلك من آثار أهمها اعفائه من المسئولية عن العيوب الظاهرة، ونقل الحراسة منه إلي مقاول البناء الأصلي ، وأيضاً يستحق أجرته لدي مقاول البناء الأصلي وسنتناول هذه الاثار فيما بعد بالتفصيل.

---

[١] Caston : PP. 84 et 85 no 131 .

هذا وتقتضي صراحة نص المادة ٦٥٥ مدني مصري[١] ، نص المادة ١٧٩٢-٦ من قانون ٤ يناير سنة ١٩٧٨ الفرنسي[٢] لكي نكون بصدد تسليم رضائي أنه متي أتم مقاول البناء من الباطن البناء المسند إليه إنشاؤه وجب عليه أن يضعه تحت تصرف مقاول البناء الأصلي "رب العمل وأن يخطره بذلك بأي وسيلة يتحقق به علمه اليقيني بأن العمل قد أنجز ووضع تحت تصرفه ليتسلمه ، وبذلك يكون مقاول البناء من الباطن قد نفذ التزامه بالتسليم ، ولو لم يتسلم مقاول البناء الأصلي "رب العمل" الشيء[٣] ، وهنا يجب علي مقاول البناء الأصلي "رب العمل" طبقاً لصريح النص أن يبادر إلي تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات ، ويتم هذا طبقاً للمجري العادي للأمور سواء بإنتقاله شخصياً أو بواسطة موكله.

ولا يختلف الوضع في فرنسا عنه في مصر حيث يضع مقاول البناء من الباطن العمل بعد إنجازه تحت تصرف مقاول البناء الأصلي "رب العمل" ، ويخلي بينه وبين مقاول البناء الصلي ويسلمه المفاتيح[٤] بقصد تمكينه من معاينته العمل وفحصه.

---

(١) نصت المادة ٦٥٥ مدني مصري علي أنه "من أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب علي هذا أن يبادر إلي تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسليم رغم دعوته إلي ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه".

(٢) نصصت المادة ١٧٩٢-٦ من قانون ٤ يناير سنة ١٩٨٧ مدني فرنسي بأنه " يتم بناء علي طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل به وذلك بشكل ودي إلا فقضائي .).

(٣) د/ السنهوري ، الوسيط ، ج٧/١ بند ٨٤،٨٩،٤٩ ص ١٥١ -د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، بند ١٢٦ وما بعده ص١٥٠/١٥١ .

(٤) مدام ماري رينو ، مقال سابق ، بند ٣٠ ص١٢٢- كاستون - تسلم الاعمال الخاصة Lareception des travauxprives الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٩ ص٧٩٤ .

هذا ولا تخرج الأوضاع في التسليم عن أمور ثلاثة : إما أن يتسلم مقاول البناء الأصلي العمل دون إبداء ملاحظات وذلك إذا كانت المباني مطابقة للأصول الفنية المطلوبة أو أن يجد بعض العيوب البسيطة التي لا تمنع التسلم والتي يضمنها محضر التسليم والتسلم[1] أو أن يري العيوب من الجسامة بحيث يمتنع معها التسليم والتسلم إلا بعد أن تزال كافة العيوب التي تضمنتها الأعمال والتي جعلت تسلمها أمراً غير مستساغ ولا مقبول.

ولكن قد لا يتم التسلم الصريح رضائياً حيث يتخلف عنصر الرضا ، وهنا يختلف مقاول البناء من الباطن مع مقاول البناء الأصلي "رب العمل هنا" ويلجأ إلي القضاء وهنا يتم التسليم الصريح في صورة التسليم القضائي.

٢- التسليم القضائي:

يلجأ إلي التسليم القضائي في حالة عدم وجود اتفاق بين مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن ، وذلك لأعمال الحقيقة فيه ، وذلك عن طريق صاحب المصلحة ، وهو في الغالب مقاول البناء من الباطن ، وليس هناك ما يمنع من أن يلجأ مقاول البناء الأصلي نفسه إلي القضاء لإجبار

(1) نقض فرنسي (الدائرة الثالثة مدني) في ١٧ يوليو ١٩٨١م جازيت دي باليه ١٩٨٢- البانوراما ص٧٧ ، في ٧ من يونيو ١٩٧٨ داللوز اخطارات سريعة informao rapides ص٥٠٢ .

مقاول البناء من الباطن علي تسليمه العمل ، وذلك عندما يتباطأ في التسليم أو يرفضه، وهذا ما يتفق ونص المادة ٦/١٧٩٢ فقرة (أ) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص علي أن التسليم يتم بناء علي طلب صاحب المصلحة في العجيل حيث يتم رضائياً أو قضائياً عند تخلف الرضا".

وقد حاول بعض الفقه الفرنسي تحديد نطاق التسليم القضائي بالمخالفة لنص المادة السابقة التي جاءت مطلقة بقوله : بأن نطاق التسليم القضائي يقتصر علي حالة رفض المقاول الأصلي تسلم العمل من مقاول البناء من الباطن بدون أي سند قانوني"[١] ، ولكن هذا التحديد لنطاق تسليم العمل إنما هو تحديد بدون مبرر وليس له أس سند قانوني من نص المادة المذكورة سابقاً.

وهذا وينعقد الاختصاص بالفصل في النزاع بين مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلي أما للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو لمحكمة موطن المدعي عليه ، وإن اختلفا كان الاختصاص لإحداهما وفقاً لما يراه المدعي[٢] ، وليس هناك ما يمنع من رفع الدعوي المستعجلة أمام قاضي

---

(١) انظر مادم ماري رينو ، مقال سابق ، بند ١٤٨ ص١٣٣ ، حيث تري أن النزاع يحمل أولاً إلي التحيكم طبقاً للمادة ١٨ " N.F.P. 03 , oolde 1072 كاستون مقال :
Les Texles d'application de la loi 78-12 sur la responsabilite et l'assurance de la construction "A.J.P.I 1979 P.5.

(٢) م٢/٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، د/ فتحي دالي ، قانون القضاء المدني ج١ ط ١٩٧٢ بند ٢١٢ ، ٢١٣ ص٤٩٨ وما بعدها ـ وكذا ص ٥١٥ والبند ٢/٢٢٥ ص ٥١٧ وما بعدها.

الأمور المستعجلة إذا توافرت ظروف الاستعجال ولم يكن هناك نزاع جدي متعلق بالموضوع[١] .

اما بالنسبة لمدي سلطة القاضي في الفصل في النزاع فقد أشارت إلي ذلك المادة ٦٥٥ مدني مصري والتي تعتبر أن العمل قد سلم إلي رب العمل (مقاول البناء الأصلي هنا) إذا امتنع هذا عن تسلمه دون سبب مشروع رغم دعوته إلي ذلك بانذار رسمي، وبالتالي فإن القاضي سيصدر حكمه تطبيقاً لهذا النص بأن العمل قد سلم إلي المقاول الأصلي حتي ولو لم يتسلمه فعلاً[٢] ، بمعني أن إرادته قد حلت محل إرادة مقاول البناء الأصلي المتخلف عن تنفيذ التزامه بالتسلم وذلك بإعلان التسلم بدلاً منه إذا ما ثبت لديه توافر كافة الشروط الموضوعية التي تطلبها العقد.

هذا وفيما يتعلق بتحديد تاريخ التسلم القضائي نجد أن تحديد هذا الوقت من الأهمية لأنه من تاريخ التسليم والتسلم تسري آثار التسليم في مواجهة الطرفين ، وتحديد وقت التسليم والتسلم القضائي يستلزم أن ترجع إلي ما سبق أن تناولنا هنا في بيان الطبيعة القانونية للتسليم[٣] فمن رأي أنه عمل

---

[١] انظر د/فتحي والي ، المرجع السابق في نفس الموضع.

[٢] انظر د/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص١٥٣ بند ١٢٧- د/السنهوري ، مرجع سابق ج٧ بند ٨٦ ص١٥٣ وما بعدها.

[٣] انظر في هذا البحث " الطبيعة القانونية للالتزام بالتسليم بند ٨٥ وما بعده، ص٦٢ وما بعدها) بند٩٣ وما بعده.

قانوني كان الحكم القضائي هنا حكماً منشئاً وبالتالي فإن تاريخ التسليم يكون تاريخ صدور الحكم ، ومن رأي أن التسليم هو واقعة مادية جعل الحكم القضائي بالتسليم حكماً تقريرياً وبالتالي فإن تاريخ التسليم يكون من تاريخ تحقق الواقعة المادية ، هذا وقد ذهب الفقه الغالب في فرنسا إلي القول بأن تاريخ التسليم والتسلم هو التاريخ الذي يودع فيه الخبير تقريره في الدعوي[١]

ونري أن هذا الرأي لهو الراجح من وجهة نظرنا لأن القول بأن يكون تاريخ الحكم هو تاريخ التسليم فيه أضراراً بمصلحة مقاول البناء من الباطن حسن النية لصالح مقاول البناء الأصلي سيء النية الذي قد يعمل إلي إطالة أمد النزاع بوضع العراقيل التي تعيق صدور الحكم ، علاوة علي أن التسليم والتسلم وإن كان عملاً قانونياً كما ذكرنا من قبل في بيان الطبيعة القانونية للتسليم إلا أنه ينطوي أيضاً علي واقعة مادية هي التي يثبتها القاضي ويلاحظها ، وهي تسليم عمل منجز ومطابق للشروط التعاقدية والعرفية – من خلال تقرير الخبير المقدم له ، وبالتالي يقتضي العدل اعتبار التسليم نافذاً من تاريخ تحقق تلك الواقعة المادية التي يثبت تحققها الخبير ، ولذا فإن الحكم القضائي يكون حكماً مقرراً وبالتالي فإن تاريخ التسليم يكون من تاريخ اثبات التقرير للواقعة المادية.

---

[١] بيجو ، مرجع سابق ، ص١٤٥ وما بعدها –كلاريلا، مرجع سابق ، فصل F ص١٨ ، مدام ماري رينو ، مقال سابق ، بند٥٠ ص١٣٥.

٦٦- ثانياً : التسليم الضمني:

هو اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال معـه شكاً فـي أنـه يعبر عن إرادة واعية لمتخذه في تسلم العمل محل التعاقد وتقبله.

والقـانون المصـري يقـر بالتسـليم الضمنـــي ، كمـا بالتسـليم والتسـلم الصريـح علـي اعتبـار أنـه تعبيراً عـن الإرادة ، والتعبير عــن الإرادة وفقـاً للقواعد العامة كما يكون صريحاً يمكن أن يكون ضمنياً.

والتسليم الضمني قد يسـتخلص مـن بعـض الوقـائع مـا دامـت تكشـف بوضوح[١] ، عن نية مقاول البناء الأصلي فـي قبـول الأعمـال ، وهـي مسـألة وقائع تخضع للتقدير المطلق لقضاة الموضوع[٢] .

ومن أمثلة بعض الوقائع التي يمكن أن يستخلص منها التسليمالضمني:

الحيازة الفعلية للبناء أو استعماله مدة طويلة:

٦٧- وتعتبر هذه الواقعة من قبيل التسليم الضمني - حيث يضع مقاول البنـاء الأصلي يده علـي البنـاء أو يسـتعمله مـدة طويلـة قبـل تسـليمه إليـه مـن جانب مقاول البناء من الباطن ، طالما أنها تكشف بوضوح عـن نيـة لا شك فيها من جانب مقاول البناء الأصلي في قبوله للأعمال[٣] وهي لا

---

(١) Bricmont (Georges) : la resposaabilite des architectes entrepreneur en droit belge et en droit francsis P. 74 No 692 ed 1979 .

(٢) Bricmont, P. 75 No69 et V. aussi-civ 2/7/1970 D 1971 - som - 17 - Civ 8/3/1972 Bul-civ 1972 p. 116 No 162.

(٣) V.Civ 8/10/1974 Bul-civ. 1974 P.258 No337.

تكون كذلك إلا إذا كانت الأعمال قد إكتملت وكان وضع اليد بلا تحفظ من جانب مقاول البناء الأصلي[١] ، أو قيام مقاول البناء الأصلي بتسليمه لرب العمل الأصلي وقبوله من جهة رب العمل بلا تحفظ أيضاً.

وبوجه عام فإن التسليم الضمني يمكن أن يستفاد من أي ظرف آخر ما دام من شأنه أن يظهر إرادة مقاول البناء الأصلي في معني قبوله للأعمال[٢] كأن يقوم بتأجيره للغير نيابة عن رب العمل الأصلي أو إدماجه في شيء آخر أو تسوية الحساب مع مقاول البناء من الباطن بعد معاينة العمل وفحصه دون ابداء أي تحفظ[٣] .

أما بالنسبة للتسليم الضمني في القانون الفرنسي فقد ثار حوله الشك بين مؤيد ومنكر لوجود فكره التسليم الضمني بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨م في ٤ يناير سنة ١٩٧٨ والذي بدأ العمل به في أول يناير سنة١٩٧٩ حيث عرف المشرع الفرنسي تسلم العمل في هذا القانون بأنه

---

(١) C.Civ 27/1/1977 R.G.A.T 1977 - 376 . Tr.Com Taulouse 13/12/1934 G.P. 1935-123 .
- Bricmont p. 75 No 70; Labin P 108 .
(٢) Mazeaud (H.L.J) P. 130 No 1070-22.
(٣) انظر محمد لبيب شنب ، عقد المقاولة بند ١٢٧ ص١٥٢ – السنهوري ، الوسيط ، ج٧ بند ٨٤ ص١٥١.

التصرف الذي يعلن بموجبه رب العمل قبوله للعمل بـ أو بدون تحفظات وتنظيمه له بحسبانه " يوتم بناء علي طلب صاحب المصلحة في التعجيل به وذلك ودياً وإلا فقضائيا".

حيث أصبح البعض من الفقه يتشكك أمام حرفية النص[1] والبعض الآخر ذهب إلي القول صراحة أن التسليم لا يكون إلا صراحة ، وانه لم يعد بالإمكان أن يتم بشكل ضمني[2] .

إلا أن جانب ثالث ذهب إلي القول بأن التعويل علي حرفية النص ليس له مبرر بل يجب التعويل علي روح النص ، وأن الأخذ بالرأيين السابقين يؤديان إلي نتائج غير مقبولة وهي أنه في حالة عدم تحرير محضر بالتسليم فإن الأعمال لن يمكن أن تجعل محلاً للتسليم إلا بتسليم قضائي[3] .

---

[1] Moderne (F) La dislinction de la responsabilite decennale et de la responsabilite contracture des constructeurs dons le droit des travaux publccs. G.P 1975 - doct P. 90 note 32.
- Malinvaud (ph) et Jestaz (ph) : La lai No 78 - 12 du janv-1978 relative a la responsabilite et a l'assurance dons le domaine de construction " J.C.P 1978 - 1- 2900 No 9.

[2] Costa (J.L) : Laresponsabilite des constructeurs d'apres la loi du 4 Janvier 1978 D 1979-Chr-P41 et 42 .

[3] انظر في عرض هذا الخلاف د/ محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، بند ١٢٥ ص١٥٧

ب- طرق التسلم

٦٧- وضحنا أشكال التسليم من جهة مقاول البناء من الباطن وتسلم رب العمل (مقاول البناء الأصلي) سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، ونوضح هنا طرق التسليم وهي إما ان تتأثر بعامل الزمن فيكون التسليم مؤقتاً أو نهائياً او تتأثر بعامل الكم فيكون التسليم جزئياً أو كلياً وتعرض لهذه الطرق علي الوجه الآتي:

أولاً : التسليم المؤقت والتسليم النهائي:

٦٩- إن التسليم المؤقت ومثاله إفصاح مقاول البناء من الباطن عن إرادته في تسليم العمل ، بصفة مؤقتة حتي يتم إتخاذ الإجراءات اللازمة لرفع الملاحظات التي يضمنها مقاول البناء الأصلي محضر التسليم والتسلم أو العكس يكون الإفصاح عن التسلم المؤقت من جهة مقاول البناء الأصلي الذي يفصح عن إرادته في تقبل العمل بصفة مؤقتة حتي يتم رفع كل أسباب التحفظات التي ضمنها هو محضر التسليم والتسلم هذا وقد درجت العادة وخاصة في مقاولات البناء أن تتضمن الصفقة المبرمة بين مقاول البناء الأصلي ، ومقاول البناء من الباطن شرطاً يتم بمقتضاه التسليم علي مرحلتين يكون أولاهما تسليماً مؤقتاً يستمر في العادة لمدة سنة يعلن بعدها التسليم النهائي أي أن التسليم المؤقت لا يكون إلا عند الأخذ بمبدأ إزدواجية التسليم ولكننا نري : أن الأمر هنا

يتعلق بمحض شرط تعاقدي بدون وجـوده لا يمكـن أن يكـون هنـاك إلا تسليم واحد ويكون نهائياً [1] .

والتسليم المؤقت لا يبرىء ذمة مقاول البناء من الباطن مـن التزاماتـه التعاقدية طبقاً للقواعد العامة تجاه المقاول الأصلي[2] .

أما التسليم النهائي : فهو الذي يقر فيه مقاول البناء الأصلي بتسلمه العمل وتقبله وذلك بصفة نهائية دون أية تحفظات ، ويثبـت ذلـك فـي محضـر التسليم والتسلم الذي يحـرر بمناسـبة التسـليم النهـائي ، ويـترتب علـي التسـليم النهـائي أن عمليـة التسـليم النهـائي وإن كـانت تـبرىء ذمـة مقـاول البنـاء مـن الباطن من العيوب الظاهرة إلا أنها لا بترئه من العيوب الخفية التي قد تظهـر بعد عملية التسليم والتسلم.

---

(1) انظر في تأييد ذلك :

BRICMEONT (Geres) :
La responsabilite des architectes et entrepreneur on droit belge et en droit Francais 2 èd 1965 P.68 N68.

(2) انظر تعليق بلانكييل : علي استئناف ليون في ١٥ يناير ١٩٧٤ ، جازيت دي باليـه ١٩٧٤ – ٢-٧٠٤ الذي يذهب فيه إلي أن "تعبير تسلم مؤقت تعبير معيب ويري أن التسلم لا يمكـن أن يكون أبداً شيئاً آخر غير إقرار الأعمال وقبولها عندما يتم بدون تحفظات".

وأنظر أيضاً تعليق بوبلي علي نقض فرنسي في ١٩٨٧/١٠/٢٠م ، المجلة الفصلية للقانون العقاري ، ١٩٧٩ – ٣ ص٣٤١ .

وانظر كاريلا مرجع سابق فصل ص٢٠ .

٧٠- ولم ينظم القانون المصري طريقة تسليم وتسلم العمل في مصر من حيث الأخذ بمبدأ ازدواجية التسليم والتسلم او وحدته بنصوص تشريعية أو لائحية ، وإنما ترك ذلك لاتفاق الطرفين . أي أن القانون المصري ليس فيه ما يحظر الأخذ بشرط ازدواجية التسليم ولاتسلم ، وبالتالي لا مخالفة فيه للنظام العام ولا الآداب.

ويري البعض الأخذ بنظام ازدواجية التسليم لأنه يمكن أن يستجيب لمصلحة مشروعة ، لكل من مقاول البناء الأصلي ، ومقاول البناء من الباطن في الإسراع بتسليم الأعمال فور الانتهاء منها ولا خطر علي مصالح مقاول البناء الأصلي من هذا التعجيل ما دام بإمكانه - طوال سنة كاملة - أن يتدارك ما خفي عليه من عيوب الأعمال عند تسلمه المؤقت لها ، أو ما لم يكن بالإمكان اكتشافها إلا من خلال الاستعمال(١) .

ولكننا نري : أن الأخذ بنظام الازدواجية قد يثير بعض المشاكل منها مثلاً : ما هو الوقت الذي تترتب فيه الآثار وخاصة في حالة خلو البناء من العيوب الظاهرة هل تترتب من التسليم الأول "المؤقت" أو التسليم الثاني "النهائي" هذا وقد أدت هذه المشكلة إلي انقسام الفقه الفرنسي وخاصة فيما

---

(١) انظر د/محمد شكري سرور ، مرجع سابق ، ص١٦٠ بند ١٢٧.

يتعلق بوقت سريان الضمان العشري فيما بين المهندس المعماري ، والمقاول الأصلي وبين رب العمل هل يسري من التسليم المؤقت أم من التسليم النهائي ، وأمام ذلك نجد أن الأمر في فرنسا بدأ يتجه من الأخذ بازدواجية التسليم والتسلم إلي الأخذ بنظام وحدة التسليم والتسلم.

وقد تأكد ذلك بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ في ٤ يناير ١٩٧٨م فقنن التطبيق العملي والتسليم بنص المادة ٦/١٧٩٢ فقرة [١] منه علي "أن التسليم يتم سواء مع أو بدون تحفظات"[٢] .

ثانياً : التسليم الكلي ، والتسليم الجزئي:

٧١- يكون التسليم في الغالب كلياً - كؤقتاً أم نهائياً - متي أتم مقاول البناء من الباطن الأعمال ووضعها في مجموعها تحت تصرف رب العمل ، وخاصة إذا كان العمل كل متكامل لا يقبل التجزئة ، حيث لا سبيل أمام مقاول البناء الأصلي إلا أن ينتظر تمام انجازه كاملاً حتي يتسني له تسلمه ، وهنا يكون التسليم والتسلم واحداً بتاريخ واحد ومحضر واحد.

---

[١] انطرق عرض ذلك : كاستون ، مرجع سابق ، بند ٦٦٨ ص٢٩٢ وما بعدها ، د/محمد شكري سرور ، مرجع سابق بند ٢٨-٢٣٤ ص٢٥٣-٢٦٢ .

[٢] L'art, 1792-6ali, Ier 11.78-12,4jan-2978) "la rèception estc L'acte par le guel Le maitre de L'auvrage dèclare accepter l'auvrage avec ou sans rèsrve".

كما يكون التسليم كلياً إذا نص علي ذلك في عقد مقاولة البناء من الباطن علي وجوب أن يتم التسليم مرة واحدة حتي ولو كانت الأعمال تقبل التجزئة أو الانقسام بطبيعتها فلا يتم التسليم إلا إذا أنجزت كل الأعمال محل المقاولة من الباطن حتي وإن انجزت بعض الأعمال الفرعية منها ، وعلي ذلك لا يلتزم مقاول البناء الأصلي بدفع باقي مبلغ المقاولة ، بناء علي طلب مقاول البناء من الباطن الذي أنجز بعض الأعمال ، مما يعتبر جزءاً مستقلاً من المقاولة[1] .

أما التسليم الجزئي فإنما يكون في الأعمال التي تقبل التجزئة، كما لو أنصبت المقاولة علي مجموعة الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة بعضها عن بعض بحيث يمكن تجزئة تسليمها بحسب ما تم انجازه مثل أن يتكون العمل من مراحل متعددة كمرحلة وضع الأساسات وتقوم به شركة متخصصة من الباطن في دق الأساسات الخرسانية ، ثم مرحلة الهياكل الخرسانية وتختص به شركة غير السابقة وهكذا بالنسبة لبناء الجدران والفواصل ، وأعمال البياض ، وأعمال النجارة – الخ ذلك . كل ذلك بشرط أن ينتفي المانع القانوني أو الاتفاقي عن تجزئة التسليم[2] .

---

(1) نقض مدني فرنسي (الدائرة الثالثة) في ١٩٨٠/٣/١٠ وتعليق بوبلي عليه بالمجلة الفصلية للقانون العقاري ١٩٨١ -٢ص٢٢٦ .

(2) بيجو ، مرجع سابق ، ص١٤٤ – بوبلي ، مرجع سابق ، بند ٢٢٣ ص١٣٨ .

كما يري بعض الشراح الفرنسيين[1] أن التسليم الجزئي تؤيده ما تقضي به المادة ١٧٩١ من المجموعة المدنية الفرنسية من انه " حين يتعلق الأمر بعمل "أو بصنع شيء" عدة أجزاء بالقطعة ، فإن فحصه يصح أن يكون بالأجزاء ، ويفترض في هذا الفحص قد تم بالنسبة لكل جزء دفع أجره ، متي كان الاتفاق بأن الأجرة تستحق للعامل (مقاول البناء من الباطن) بنسبة كل عمل منفذ" وإن كانت هذه المادة في الحقيقة تتعلق بعقد المقاولة بوجه عام أكثر ما تتعلق بصفقات البناء علي وجه الخصوص.

وخلاصة القول أنه لم يخرج العمل في كل من مصر وفرنسا عن هذه القواعد العامة فكما يمكن أن يتم التسليم كلياً يمكن أن يتم جزئياً تبعاً لتمام انجاز كل مرحلة علي حده ، ويجوز لمقاول البناء من الباطن في هذه الحالة أن يستوفي مقابل الجزء أو المرحلة التي يتم تسليمها[2]

---

[1] MAZEUD (H.L.J) : P87 175 1070 -8 .

[2] انظر د/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق بند ١٢٧ ص١٥٣ – السنهوري ، الوسيط ج٧ ر ١ بند ٨٤ ص ١٥١ وما بعدها.
وانظري في الفقه الفرنسي (أوبري ورو أسمان ٢، مرجع سابق ، ج٥ط٦ بند ٣٧٤ ص٤٠٣ .

الفرع الثالث

آثـــار التسليـــم

٧٢- يترتب علي تسليم مقاول البناء من الباطن للبناء محل المقاولة من الباطن آثار بالنسبة لضمانه يتمثل في 'فائه من العيب الظاهر ، ونقل عبء تبعية العقار (تبعة الحراسة ، وتبعة الهلاك) من مقاول البناء من الباطن إلي مقاول البناء الأصلي علاوة علي استحقاقه أجره أو ما تبقي منه، وله أثر علي عقد مقاولة البناء من الباطن نفسه ، ولذا سنتناول هذه الآثار بالتفصيل علي الوجه الآتي:

١- الإعفاء من العيوب الظاهرة:

٧٣- عيوب المبني الموجودة – عند تسليمه بمعرفة مقاول البناء من الباطن ، قد تكون ظاهرة وقد تكون خفية(١) . وبالنسبة للعيوب الظاهرة فإن الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا يسلم بأنه إذا ما تم تسليم البناء من جانب مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) بلا أي تحفظ فإنه يترتب علي ذلك إعفاء مقاول البناء من الباطن من مسئوليته عن العيوب التي كانت ظاهرة وقت حصوله وذلك دون العيوب الخفية(٢) .

---

(١) سنتناول الحديث بالتفصيل عن العيوب الخفية عند تناول نطاق المسئولية من حيث الأضرار فيما بعد ، انظر في هذا البحث ص١٢٥ وما بعدها بند٩٢ وما بعده.

(٢) R.par ex : LABIN p.110 - (HLJ) p. 92 ivo 1070 - 10 J MAZEAUD (2) note D 1974 prècite P/393/

Civ 22/40 - 1946 JC.P. 1974 - 2 - 3482 et note, Rodiere.

Civ. 4-1-1998 J.C.P. 1958 - 2 - 10808 et note STARCK. D 1958-457 et note Rodiere. =

لأن مقاول البناء الصلي (رب العمل) أو من ينيب عنه في عملية التسلم كان يمكن له أن يكتشفها لو أنه بذل في فحصها ومراجعتها – مع ما يتمتع به من خبرة في هذا المجال على اعتبار أنه مقاول بناء في الأصل – ما يبذله الشخص المعتاد من نفس طائفته[1] . هذا ويشترط القضاء الفرنسي لأعمال هذا الثر المبرىء أن يكون العيب ظاهراً في سببه وأثاره الضارة بحيث إذا كان سبب هذا العيب غير معلوم عند التسليم والتسلم أو كانت أثاره الضارة لا تظهر إلا بعد التسليم ، فلا يعتبر عيباً ظاهراً ولا يعفي مقاول البناء من الباطن منه[2] إلا أننا نري أنه مع التسليم بهذا الأثر الذي يعفي مقاول البناء من الباطن من العيوب الظاهرة، إلا أنه لا يترتب على التسليم والتسلم بذاتهما.

= Civ-9/11/1968 JC.P 1969 - 2- 15/8/8 et note L.vEaux.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦٥/٦/٣م مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ص ٧٣٧ رقم١١٧ بقولها أن " تسلم رب العمل (مقاول البناء الصلي هنا) البناء تسلماً نهائياً غير متيقن بتحفظ ما ، من شأنه أن يعطي ما بالمبني من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل . أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلم البناء ، فإن التسليم لا يعطيه ولا يسقط ضمان المقاول (مقاول البناء من الباطن هنا .....".

[1] انظر د/ محمد لبيب شنب ، عقد المقاولة ، بند ١٠٨ ص١٢٧ – بوبلي ، مرجع سابق ، بند ٢٤٠ ص١٤٩ – نقض مدني فرنسي) (الدائرة الثالثة) في الطعن رقم٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٤ من يونيو سنة ١٩٦٢ ، مجموعة أحكام النقض ١٩٦٢ س١٣ ق١٢١ ص٨٠٨ – المحاماة لسنة ٤٣ق ص٨١٢ في ١٠يونيو ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٩٦٥ س١٦ ق ١١٧ ص ٧٣٦.

[2] بيجو ، مربع سابق ، ص١٤٧ – كاريلا ، ومع سابق ، فصل ، ص٢٥– نقض فرنسي (دائرة ١ مدني) في ١٧ يونيو ١٩٦٤ ، بيلتان ١ رقم٣٩٥ ص٣٠٧ – نقض مدني فرنسي (دائرة ٣) في ١٩٧٣/٤/٢٢ – بيلتان ٣ رقم ١٧٨ ص١٣٧.

وإنما مجد أساسه في التنازل الضمني من جانب مقاول البناء الأصلي عن هذه العيوب المستمدة من قبوله للأعمال بحالتها عند التسليم والتسلم في هذه الحالة ما هو إلا دليل علي هذا القبول.

وهذا الأثر وإن كانت لم ترد نصوص خاصة بذلك في عقد المقاولة إنما يكون الأخذ به كأثر مبرىء لمقاول البناء من الباطن تطبيقاً للأحكام العامة حيث يسقط الضمان عن العيوب الظاهرة قياساً علي أحكام عقد البيع : وعلي ذلك فإن القاعدة هي : أن مقاول البناء من الباطن لا يلتزم بالضمان ، إذا أقدم مقاول البناء الأصلي علي تسلم البناء وبه عيب ظاهر ، ويجد هذا الحكم سنده القانوني فيما يأتي :

أ- افتراض العلم بالعيب :

يفترض علم مقاول البناء الأصلي بالعيوب الظاهرة التي تلحق المبني ، ويعد ذلك من جانبه موافقة علي تسلم المبني بحالته المعيبة[١] وعلي ذلك فإن التسليم والتسلم يتضمن قرينه علي علم مقاول البناء الأصلي بالعيب الظاهر مما يخفف صعوبة إثبات العلم الفعلي لمقاول البناء الأصلي بالعيب[٢] .

---

(١) Cottin : la dèfinition du vice cachè dans la vente, etudue de droit compare parè thèse p. 164 paris 1939. Baudry lacantinerie et saignat : Traite thèrique et pratique de droit civil, t 17, No 418, 423, De page t 4 Ler partie. N. 177, Paris 1908.

(٢) Mazeaud :La responsabilitè civile du vendeur Fabricant, Rev. trim dr.civ 1955 P. 613 n.q.

ب- افتراض خطأ مقاول البناء الأصلي :

يعتبر مقاول البناء الأصلي مخطأ عند تسلمه للبناء ، رغم قدرته علي كشف العيب ببذل عناية الشخص العادي ، ولا يجوز بالتالي أن يتحمل مقاول البناء من الباطن نتائج هذا الخطأ[1] ، وخاصة أن هذا الحكم من شأنه العمل علي استقرار التعامل.

ولكن يستثني من ذلك العيوب الظاهرة التي يتعمد مقاول البناء من الباطن أخفائها غشاً فإنه في هذه الحالة يضمن العيوب الظاهرة التي تعمد أخفائها غشاً منه ، إذا أن خفاءه العمدي يستغرق خطأ مقاول البناء الأصلي في عدم بذلك العناية اللازمة للكشف عن العيب[2] (٤٤٧/٢ مدني مصري) وتطبيقاً لذلك فإن مقاول البناء من الباطن يضمن السبب الظاهر الناتج عن استخدامه طلاء أو مادة معينة لإخفاء شروخ أو تشققات في بعض الأجزاء الرئيسية للمبني ، أو لإخفائه بعض الإصلاحات المعيبة في المبني[3] .

٧٤- والقاعدة أن كل عيب يعتبر خفياً وقت التسليم ويقع علي من يدعي خلاف ذلك عبء إثبات ظهور هذا العيب ، سواء كان هذا العيب متعلقاً بالعمل أو بالمواد أو بمخالفة القوانين واللوائح ، ويتم ذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات[4] .

---

[1] Guillouard :Traitès de la vente et de L'echange. t, 11 N.025 H, paris, 1890.
Laurent : Principes de droit civil Français, t 24 N.284 . paris 1887.

[2] السنهوري ، مرجع سابق ، مجلة ١ فقرة ٣٦٧ ، ص٧١٦ .

[3] Douai 14 mars 1461 , D. 1961, 673.

[4] انظر كاستون ، مرجع سابق ، تسلم الأعمال الخاصة ص٧٩٩ - كاريلا ، مرجع سابق ، فصل ص٢٤ .

ويستثني من ذلك أن يكون عدم تمكن مقاول البناء الأصلي من اكتشاف العيب راجعاً إلي تعمد مقاول البناء من الباطن أخفاء العيب بالمنشآة ، إو إذا أكد مقاول البناء من الباطن للمقاول الأصلي خلو العمل أو الشيء من العيب مما صرف مقاول البناء الأصلي عن فحصه ، أي أنه لكي يبقي مقاول البناء من الباطن ضامناً للعيوب الظاهرة يجب أن يسلك في ذلك مسلك ايجابي بالإخفاء أو التأكيد ولا يكفي الموقف السلبي[1] بل يلزم الغش بقصد الأضرار من جانب مقاول البناء من الباطن.

هذا ويجوز الاتفاق بين المقاول الأصلي للبناء ومقاول البناء من الباطن أن يبقي الأخير ضامناً للعيوب الظاهرة في عقد مقاولة البناء من الباطن لأن هذا الحكم مكمل ، فيجوز الاتفاق علي خلافه ، وهذا الاتفاق يسري بالنسبة للعيوب التي لم تكتشف عند التسليم والتسلم ، أما العيوب التي اكتشفها مقاول البناء الأصلي عند التسليم ولاتسلم فلا يسري عليها هذا الاتفاق ، وإنما يسري الأثر المبرىء للتسليم عليها ، إلا إذا جاء الاتفاق عاماً وشمل العيوب الظاهرة التي اكتشفت والتي لم تكتشف ، ويجوز الاتفاق علي انقضاء الالتزام بضمان سلامة العمل ، وبضمان العيوب الخفية بتسلم المقاول الأصلي للبناء العمل من مقاول البناء من الباطن[2] .

---

(1) انظر د/مصطفي الجارحي ، مرجع سابق ص٥٨ ، وانظر عكس ذلك د/محمد شكري ن مرجع سابق ص٢٤٩ هامش ٢٠٥ .

(2) انظر أنور طلبه مرجع سابق ، نماذج العقود والتصرفات القانونية ص٥٢٧ نموذج ١٧٤ البند الثالث.

ب- نقل الحراسة من مقاول البناء من الباطن إلي مقاول البناء الأصلي

٧٥- يترتب علي التسليم والتسلم بين مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلي نقل عبء تبعة العقار الذي تم تشييده، وتبعة العقار قد تكون تبعة الحراسة، تبعة هلاك إلا أننا سنقصر حديثاً هنا عن تبعة الحراسة علي اعتبار أننا سوف نتناول تبعة الهلاك (التهدم) فيما بعد[١] .

٧٦- إن الحراسة علي الأشياء أساسها السيطرة الفعلية علي الشيء ، فحراسة البناء تتطلب أن يكون للحارس سيطرة فعلية علي البناء سواء كان مقاول البناء هنا أو مقاول البناء الأصلي أو مالكه لأن الحراسة لا ترتبط بملكية البناء ، وبالتالي فمن يكون له السيطرة الفعلية علي البناء فيكون حارسه، وبالتالي يكن لحارس البناء بمقتضي السلطة الفعلية التي له علي البناء حفظه وترميمه وصيانته من آن لآخر إذا ما دعت الحاجة إلي ذلك حتي لا يهدد البناء الغير بالخطر سواء في أنفسهم أو في أموالهم[٢] – وعلي ذلك فمن تكون له السيطرة الفعلية بصرف

---

[١] انظر من هذا البحث ص١٤٤ وما بعدها بند ١٠٧ وما بعده.

[٢] انظر أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام طبعة ١٩٧٠ ، بند ٥٠٢ ص٤١٣ – د/محمد لبيب شنب ، المسئولية عن الشياء ، رسالة دكتوراه بند ٥٦ يوماً وما بعده ص٧٧/٧٦ .ود/عبد الحي حجازي ،النظرية العامة للالتزامات ج٢ مصادر الالتزام =

النظر عمن يملكه من عدمه كان حارساً له ، ويكون مسئولاً عما ينتج عنه من ضرر بسبب إهمال في صيانته أو قدم في البناء أو عيب فيه.

ولا يستطيع أن ينفي مسئوليته إلا إذا أثبت أن الحادث إنما يرجع سببه إلي أسباب أخري غير تلك التي ذكرت . وقد نصت علي ذلك المادة ١٧٧ مدني مصري بقولها " إن حارس البناء ، مسئولاً عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداماً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلي إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب به".

بعكس المادة ١٣٨٦ مدني فرنسي التي تجعل المسئولية علي مالك البناء وليس علي حارسه ، وعلي ذلك فهي تربط التبعة بالملك لا بالحراسة[١] ، وقد ذهب البعض في الفقه الفرنسي إلي تأييد ذلك بقولهم بأنه بإمكان الغير المضرور أن يرجع علي مالك البناء (رب العمل) بالتعويض عن الضرر باعتباره حارس البناء ، ويستند هذا الرأي إلي أن مواد البناء التي يستحدثها مقاول البناء الأصلي أو مقاول البناء من الباطن في البناء تصبح مملوكة لرب

= ط١٩٥٤م مطبعة نهضة مصر ص٥٤٢ - أحمد حشمت أبو ستيت ، مصادر الالتزام ط٢ سنة ١٩٥٤ ص٤٩٩ وما بعدها.

- نقض مدني مصري في ١ مارس ١٩٧٧ - محمدي أحكام النقض ق ١٠٩ ص٥٩١ .

[١] انظر مازو ، مطول المسئولية المدنية ، ج٢ ط٦ سنة ١٩٧٠م بند ١٠٢ ص١٨ إلي بند ١٠٣٥ ص٢٤.

العمل (مالك البناء) فور اندامجها في البناء أولاً بأول[1] ونري أن هذا الرأي محل انتقاء لأنه من المسلم به قانوناً ان رحانسة البناء لا ترتبط بالضرورة بملكيته وعلي فرض صحة ما استند إليه الرأي السابق من أن المواد المستخدمة في البناء يتملكها مالك العقار فور اندامجها إلا أن السيطرة الفعلية علي البناء وهو أساس الحراسة تظل لمقاول البناء الأصلي أو لمقاول البناء من الباطن حتي تنتهي الأعمال وتسلم بالفعل إلي مالك البناء[2] .

٧٧- ومما سبق نجد انه قبل تسليم البناء إلي مقاول البناء الصلي ، فإن السيطرة الفعلية تكون قائمة لمقاول البناء من الباطن ، وبالتالي تكون له القدرة علي حفظ المبني وصيانته وبالتالي حماية الغير من الضرار التي يمكن أن يلحق به من المبني ، ولذا كان مقاول البناء من الباطن حارساً للبناء خلال مدة تشييده وإقامته وحتي تسليمه إلي مقاول البناء الأصلي ، وبالتالي يكون مسئولاً عما ينجم عن البناء من ضرر للغير في نفسه أو ماله يرجع سببه إلي إهمال مقاول البناء من الباطن في الحفظ والترميم أو عيب في البناء ذاته[3] .

---

(١) أشار إلي الرأي السابق، ددابان ص٢٦٩، وأنظر في عرضهد/شكري سرور ، مرجع سابق ص١٦٨/١٦٩ بند١٤.

(٢) V.Civ 15/4/1967 Jc.P .1965 - 2 - 13 992 et note P.E Civ 1970 p.501 No 690 et en meme sens labin pp.269-270.

- انظر د/جميل الشرقاوي ـ النظرية العامة للالتزامات ج١ ، مصادر الالتزام ط١٩٧٤م ص٨٤ نبد ٢٣ .

- د/محمد شكري سرور مرجع سابق ، ص ١٦٩

(٣) كاريلا – مرجع سابق – فصل F ص٢٧ .

ولكن بمجرد تمام تسليم المبني إلي مقاول البناء الأصلي تنتقل إليه مسئولية الحراسة علي البناء لأن السيطرة الفعلية عليه أصبحت لمقاول البناء الأصلي ، وبالتالي فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب إهماله الصيانة أو العيب في البناء ، وتنتفي مسئولية مقاول البناء من الباطن. هذا وتنتقل مسئولية الحراسة بالتسليم النهائي للمبني أي بإتمام عملية التسليم والتسلم بين مقاول البناء من الباطن ، ومقاول البناء الأصلي(١) .

ولكننا نؤيد الرأي الذي يري(٢) ان انتقال الحراسة يترتب منذ التسليم المؤقت للأعمال ، وليس التسليم النهائي ، لأن السيطرة الفعلية تنتقل إلي مقاول البناء الأصلي بالتسليم المؤقت للأعمال ، لأن وجود تحفظات لمقاول البناء الأصلي علي بعض الأعمال لا تمنع من وجود السيطرة الفعلية لمقاول البناء الأصلي علي المبني ، فإذا كان له الحق في مطالبة مقاول البناء من الباطن باصلاح هذه الأعمال ، إلا أن البناء ككل قد أصبح تحت سيطرة مقاول البناء الأصلي المؤقتة ، وبالتالي إذا نتج ضرراً للغير من المبني فإن الغير يحق له أن يرجع علي مقاول البناء الأصلي بالتعويض طالما أن المبني

---

(١) V.LABIN (J.Edouard) : La responsabilitè des architectes et son assurance. Thèse P.270 paris 1978.

(٢) KARLA (J.P.) : Les responsabilites de constructeurs "Ce quil vous Faut savoir" Ency. DGLMAS Pour La vie des affairs 1 ere èd, J.D.ELMAS ET CIE> P.27* 1981.

تحت سيطرته الفعلية ، وإذا كان سبب الضرر إجراء الترميمات التي يقوم بها مقاول البناء من الباطن والتي تتعلق بالتحفظات التي أوردها مقاول البناء الأصلي ، فإنه يحق لمقاول البناء الأصلي أن يختصمه في دعوي المسئولية المرفوعة ، أو يرجع عليه بما دفعه من تعويض للمضرور ، والسبب في الرجوع هنا ان الضرر يرجع إلي عيب في البناء فيسأل عنه مقاول البناء من الباطن.

جـ- استحقاق الأجر وموقف الفقه الإسلامي

٧٨- يترتب علي قيام مقاول البناء من الباطن بتنفيذ التزامه بتسليم البند بعد إتمام إنجازه ، استحقاقه أجره أو ما تبقي منه لدي مقاول البناء الأصلي ، هذا ويلتزم مقاول البناء الأصلي بدفع الأجر وما تبقي منه مضافاً إليه نفقات الوفاء والفوائد المستحقة علي الأجر من يوم المطالبة القضائية به وفقاً للقواعد العامة (م٢٢٦ مدني مصري) وإن كان البعض يري أنه إذا كان مقاول البناء من الباطن هو الذي قدم المواد المستخدمة في صنع الشيء ، فإن العقد يكون ذا طابع مختلط ، وبالتالي تسري الفوائد من يوم تسليم الشيء طبقاً لأحكام عقد البيع[١] .

---

[١] بلانيول ، وريبير ، ورواتس ، مرجع سابق ، ص١٧١ بند ٩٣٢ ، عرائض ١٩ يوليو ١٨٧٠ داللوز ١٨٧٢ - ١- ٨ - ١٨ .

والأصل أن مقاول البناء من الباطن يستحق الأجر في الوقت المتفق عليه في عقد مقاولة البناء من الباطن ، فقد يكون مقدماً علي إنجاز العمل ، او لاحقاً بعد إنجاز العمل ، أما إذا لم يوجد اتفاق علي وقت دفع الأجر فيستحق مقاول البناء من الباطن الأجر عند تسليم العمل لمقاول البناء الأصلي بدون اعتراض منه واقراره بمطابقته للمواصفات المتفق عليها[١] .

ولكن إذا تعدد مقاولي البناء من الباطن ، فإن توزيع الأجر عليهم بحسب الصل يكون بقدر العمل الذيي أنجزه كل واحد منهم وتقدير قيمة العمل يرجع فيه إلي العرف المكل هنا ، وذلك ما لم يتم الاتفاق بينهم علي النسبة التي يستحقها كل منهم من الأجر فإذا اتفقوا علي استحقاق كل منهم لجر محدد فقد يزيد عن مقدار العمل أو يقل ويحق أي منهم الطعن فيه (م٦٥٩ مدني مصري).

٧٩- ولكن ما هو الحكم في حالة تحديد مقدار الأجر بالطريق الجزافي ؟ فهل يحق لمقاول البناء من الباطن طلب تعديله أم لا يحق له؟

---

(١) بودري وفال ، مرجع سابق ، ص١١٤٢ بند ٤٠١٨٥ .

-Baudry - Lacantinerie et wah1 (A) ; Traite Thèorique et pratique de proit civil , Du contrat de lauaque, Tome 113 eme èdition 1907 P. 11 H2 140 : 4018.

- Pezous (E) : Des devis at marches, au point de vue du droit civil, prais 1880 P. 17-18.

نود أن نشير هنا إلي أن نص المادة ٦٥٨ مدني مصري والتي أشارت إلي حالة إبرام العقد بأجر إجمالي علي أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل (مقاول البناء الصلي هنا) حيث قضت بأن المقاول (مقاول البناء من الباطن هنا) ليس له أن يطالب بأية زيادة في هذا الأجر إلا وفقاً لحالات معينة ليس هناك ما يمكن تطبيقها علي العلاقة بين مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) ، ومقاول البناء من الباطن . هذا وقد نص المادة ٦٥٨ مدني علي أنه " نصت المادة ٦٥٨ مدني علي أنه":

١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي علي أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلي خطأ رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول علي أجره.

٢- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

٣- وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولي وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلي ذلك ليطلب زيادة في الأجر ولو بغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً.

٤- علي أنه إذا أنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد " وذلك إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة .

وطبقاً للفقرة الأولي من نص المادة المذكورة سابقاً لا يحق للمقاول (أي مقاول البناء من الباطن هنا) طلب زيادة الأجرة من مقاول البناء الأصلي (وهو رب العمل العرضي) طلب زيادة إلا في حالتين : الأولي : ان تكون زيادة الأجرة بسبب خطأ من مقاول البناء الأصلي ، وفي هذه الحالة يستوي أن يكون بخطأ رب العمل الحقيقي أو بخطأ من مقاول البناء الأصلي ، كأن يتراخي مقاول البناء الأصلي في استخراج ترخيص البناء حتي فات الميعاد المحدد لبدئه، وكان مقاول البناء من الباطن قد تعاقد مع عمال أو استأجر آلات ، فإن زيادة نفقاته بسبب هذا التأخير تجيز لمقاول البناء من الباطن طلب زيادة الأجرة، أو أن يخطىء مقاول البناء الأصلي عند تسليم الأرض المراد البناء عليها فقام بتسليمه أرض الغير ، وبدأ مقاول البناء من الباطن في العمل فعلاً ثم اضطر إلي إزالة ما قام بعمله ، فيكون لمقاول البناء من الباطن أن يطلب زيادة الأجرة بمقدار ما تكبده من نفقات بسبب اضطراره إلي إزالة وإعادة البناء من جديد[١] .

---

[١] د/محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ن ص١٦٦/١٩٧ بند ١٤٠.

أما الحالة الثانية : وهي التي تتعلق بزيـادة الأجـر بسـبب التعديـل أو الإضافة في التصميم ، فيـلزم أن يصـدر هذا التعديـل أو افضافـة مـن مقـاول البناء الأصلي – إلا انه يجب أن يخالف أحكام عقده ويلزم بدوره أن يستصدر أذن لرب العمل ، وإلا كان مرتكب خطـأ عقديـاً لإجـراء تعديـل فـي التصميـم دون إذن رب العمل الحقيقي – وبالتالي فلا يستحق مقاول البنـاء مـن الابطـن أية زيادة في الأجرة إلا إذا كـان متفقاً علـي أجـرة التعديـل مـع مقـاول البنـاء الأصلي.

أما بالنسبة لما جـاء بـالفقرة الثانيـة مـن المـادة ٦٥٨ مدنـي المذكـورة سابقاً فاشترطت أن يكون الاتفاق في حالتنا هنـا كتابـة بيـن مقـاول البنـاء مـن الباطن ومقاول البناء الأصلي ، ولكن ذهب جانب من الفقه[١] إلـي القـول بـأن ذلك الحكم يسري فقط في العلاقة بين مقاول البناء الصلـي ورب العمـل ، امـا في العلاقة بين مقاول البناء الأصلي ، ممقاول البناء مـن البـاطن فيجـب علـي مقاول البناء الأصلي أن يدفـع الزيـادة فـي الأجـرة وذلـك دون حاجـة إلـي أن يكون هناك اتفاق بالكتابة لا علي التعديل في ذاته ولا علي مقدار الزيـادة فـي الأجرة.

---

(١) أنظر في ذلك الرأي د/ السنهوري ، الوسيط ج٧ ص٢١٥.

ولكننا نري : أنه يلزم الاتفاق كتابة بين مقاول البناء الأصلي ومقاول البناء من الباطن علي التعديل أو افضافة وعلي زيادة الأجرة، وذلك لأن لفظ المقاول عندما يطلق يؤخذ بصفة عامة دون نعت ، ولعل الرأي السابق قد ركن في نفسيره إلي تفسير خاص لكلمة العقد الأصلي الذي سبق العقد من الباطن ، ولكن هذا التفسير غير مقبول لأن المادة ٦٥٨ سبقت النصوص الخاصة بالمقاولة من الباطن ، ولذا يجب حمل حكمة العقد الأصلي للدلالة علي العقد الذي لحقه التعديل أو افضافة سواء كان عقداً أصلياً أو عقداً من الباطن[١] .

كما تقتضي الفقرة الثالثة أيضاً من النص المذكور سابقاً بأنه ليس للمقاول (مقاول البناء من الباطن في حالتنا) أن يطلب زيادة الأجرة ولو صار تنفيذ العقد عسيراً ولكننا نري أن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام ويجوز الاتفاق علي عكسه ، كما انه لا يعطل تطبيق نص المادة (٤٧) الفقرة الثانية[٢] الخاصة بالظروف الطارئة ، ما أنه لا يعطل حكم الفقرة الرابعة من المادة٦٥٨ مدني والتي تعتبر تطبيقاً للمادة١٤٧ وخاص بعقد المقاولة[٣] .

---

[١] انظر في تأييد هذا الرأي د/مصطفي الجارحي ن مرجع سابق ،ص٧٢.

[٢] نص المادة ٢/١٤٧ مدني علي أنه " ....(٢) ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة يكن في الوسع توقعها وترتب علي حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقلاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك".

[٣] مذكرة المشروع التمهيدي ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص٤٢.

وهذه المواد جميعها تواجـه إزديـاد نفقـة العقد لظـروف خارجـة عـن المتعاقدين كأسعار المواد الأولي ، وأجور الأيدي العاملة[1] .

مع ذلك فإن زيادة الأجر يجب ألا تتجاوز ما هو لازم لرفـع الإرهـاق غير المتوقع عن المقاول من الباطن ، ويكون ذلك بتحميـل مقـاول البنـاء مـن الباطن الزيادة المألوفة فـي أسـعار المـواد الأوليـة واجـور العمالـة ، لأن هـذه الزيادة متوقعة ، وبالتالي يدخل في تقدير مقاول البناء مـن البـاطن عنـد ابـرام عقد مقاولة البناء من الباطن ، أمام الضرر غـير الألـوف مـن الزيـادة فيوزع علي مقاول البناء من الباطن ومقاول البناء الأصلي.

ويمكـن للقـاضي بافضافـة إلـي الحكـم بزيـادة الأجـرة أو الفسـخ وفقـاً لمادة٤/٦٥٨ مدني أن يحكم بوقف تنفيذ العقد حتي يـزول الحـادث الاسـتثنائي إذا كان وقتي وينتظر زواله بعد وقت غير طويل بشرط ألا يترتب علـي ذلـك فوات الفائدة التي يقصدها رب العمل مـن وراء انجـاز العمـل[2] وذلـك تطبيقـاً لنص المادة ٢/١٤٧.

---

[1] انظر في تأييد ذلك د/ مصطفي الجارحي ، مرجع سابق ، ص٧٢.
[2] السنهوري ن ج٧ ص٦٤٦ بند ٤٢١ .

٨٠- ولكن هل يستحق مقاول البناء من الباطن لأجرة إذا هلك البناء؟

يستحق مقاول البناء من الباطن أجره بعد ان يتم التسليم ، ولو هلك البناء فيما بعد ، لأن هلاك البناء بعد التسليم لا ينقص حقوقه أو التزاماته التي تبدأ في مرحلة ما بعد التسليم ، أما إذا هلك البناء بعد التسليم فتطبق أحكام المادة٦٦٥/١ مدني مصري وهي التي تقضي بانه إذا هلك البناء قبل التسليم للمقاول الأصلي بسب جادث مفاجيء ، فلا يحق للمقاول البناء من الباطن أن يطالب باجره ولا يرد نفقاته ، ويكون هلاك المادة التي استخدمت في البناء علي من قام بتوريدها من الطرفين أس واء مقاول البناء الأصلي أو مقاول البناء من الباطن ، وعلة ذلك : أن مقاقول البناء من الباطن هنا يعمل استقلالاً في تنفيذ العمل فهو الذي يتحمل مخاطره[١] .

اما إذا كان مقاول البناء الأصلي قد أعذر مقاول البناء من الباطن بتسليم الشيء له أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلي خطأ مقاول البناء من الباطن ، وجب عليه تعويض مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) بمقتضي االمسئولية العقدية وكذا رب العمل الأصلي بمقتضي المسئولية التقصيرية عما يكون قد ورده أي منهما من مادة العمل (٦٦٥/٢ مدني مصري).

---

[١] تنظر مازو ، العقود الرئيسية ، مرجع سابق ، فقرة ١٣٥٦ ص١٠٩٠..

أما إذا كان مقاول البناء من الباطن قد أعذر مقاول البناء الأصلي بأن يتسلم البناء أو كان هلاك البناء أو تلفه راجعاً إلي خطأ مقاول البناء الصلي أو إلي عيب في المادة التي وردها ، كان هلاك المادة علي مقاول البناء الأصلـي ، وكـان لمقـاول البنـاء مـن البـاطن الحـق فـي الأجـرة ، وفـي التعويـض عنـد الاقتضاء (٣/٦٦٥ مدني مصري).

٨١- ومن الضمانات التي أوجدها المشرع لأجر مقاول البناء من البـاطن أنـه أعطاه الحق في حبس البناء الذي قام بتشـييده وعـدم تسـليمه إلـي مقـاول البناء الأصلي ، إذا امتنع هذا الأخير عن الوفاء بالأجر المتفق عليـه او لم يعرض دفعه ما دام الأجر يستحق الوفاء فـي الوقـت الواجـب تسـليم العمل فيه ، ويظـل لمقـاول البنـاء مـن البـاطن حبـس العيـن حتـي يقـوم مقاول البناء الأصلي بدفع هذا الأجـر ، او يقـدم تأمينـاً كافيـاً للوفـاء بـه (م٢٤٦/١)، ولكن ينقضي حق مقاول البناء من الباطن في حبس البنـاء إذا سمح للمقاول الأصلي بتسلم العمل.

كما يكون لمقاول البناء مـن البـاطن امتيـازاً علـي المنشـآت التـي قـام بتشـييدها أو إعـادة تشـييدها أو ترميمهـا أو صيانتهـا بقـدر مـا زاد فـي قيمتهـا بسبب الأعمال التي قام بها (م١١٤٨ مدني) والحكمة من ذلك أن عمل مقاول

البناء من الباطن هو سبب ويادة قيمة البناء ، ولذلك كان من العدالة أن يستوفي أجره من هذه القيمة بالأولوية عيل غيره ، ويجب أن يكون الامتياز مقيداص ، وتكون مرتبته من وقت القيد[1] .

د- موقف الفقه الإسلامي من الأثار المترتبة علي قيام مقاول البناء من الباطن بتسليم البناء:

٨٢- يرتب الفقه الإسلامي بعض الآثار علي قيام مقاول البناء من الباطن بتسليم البناء إلي مقاول البناء الصلي (رب العمل العرضي) منها استحقاقه للأجر ، ورتب أيضاً بعض الأحكام التي تتعلق بهلاك العين في يد مقاول البناء من الباطن سنتناولها علي الوجه الآتي :

يلتزم مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) بدفع الأجرة لمقاول البناء من الباطن مقابل إنجازه للعمل وقد أمر الشارع بالوفاء بهاوحذر من أكلها او تأخيرها : قال الله تعالي : " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن"[2] وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)[3]

---

[1] انظر د/عبد الفتاح عبج الباقي ، الوسيط في التأمينات العينية عام ١٩٥٤ ص٤١٧ بند٤٦٦- د/منصور مصطفي منصور ، التأمينات العينية ص٢٧٦ .

[2] الطلاق :٦.

[3] أخرجه ابن ماجة وصححه الألباني : انظر صحيح ابن ماجة (١٩٨٠) والإرواء الألباني (٣٤٩٤٨) ، المكتب الإسلامي ، ط١ ، ١٩٨٦م.

ووجه الدلالة في النصوص السابقة هو الأمـر ، والأمـر يقتضـي الوجوب إذا لم يصرفه عن الوجوب ولا صارف له هنا.

وقد توعد الله سبحانه وتعالي الذين يمنعون أجر العامل فـي الحديث القدسي حيث قال تعالي : (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل أعطي بي ثـم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل اسـتأجر أجيراً فاستوفي منـه ولـم يعطيه أجره)[1] .

٨٣- **ومن شروط الأجرة**: أن للأجرة في عقد مقاولة البناء من الباطن شـروط تشترط فيها كما يشترط في أي محل للالتزام وهي علي ما يأتي :

أ- ان يكون الأجر موجوداً أي منصوصـاً عليـه فـي عقـد مقاولـة البنـاء مـن الباطن حتي لا تكون هناك جهالة مفضية إلي النزاع ، فإذا لم يذكر الأجـر فـي العقـد الـذي يقصـد منـه المعارضـة فـإن العقد يكـون بـاطلاً فـي الفقـه الإسلامي[2]

وقال الرملي : (ولو عمل لغيـره عمـلاً بإذنـه دفـع ثوبـاً إلـي القصـاء ليقصره أو غلي خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أحدهما أجرة ولا ما يفهمها فـلا أجرة له لتبرعه)[3] .

---

[1] أخرجه البخاري في ابيوع ٢٢٢٧/١ وغيرها.
[2] انظر مجلة هدي الإسلام ، علي عبد أبو البصل ، وزارة الأوقاف ، الأردن ، العدد السادس المجلد ١٤٠٨/٣٢هـ.
[3] نهاية المحتاج ن الرملي ، ج٥ ص٣١١ .

ب- أن يكون البدل معيناً أو قابلاً للتعيين بشكل لا يؤدي إلي جهالة تسبب التنازع والاختلاف[1] .

وذلك مصداقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من أستأجر أجيراً فليعلمه أجره)[2] .

٣- أن يكون الأجر مشروعاً : أي يجب الأجر مالا متقوماً يتاح الانتفاع به وبالتالي لا يصح أن يكون البدل مالا منفعة فيه ، كالخمر ولحم الخنزير. لقوله النبي صلى الله عليه وسلم (ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام)[3] .

ومن شروط استحقاق مقاول البناء من الباطن لأجرة تجاه رب العمل العرضي (مقالول البناء الأصلي) أن يلتزم بإنجاز البناء وتسليمه لأنالأجرة تلزم بانجاز البناء وتسليمه، ما لم يتفق الطرفان علي غير ذلك[4]

٨٤ - **وكيفية التسليم** : اما فيما يتعلق بكيفية التسليم التي يستحق بها مقاول البناء من الباطن الأجرة لا تعدوا أن تكون أحد أمرين:

---

[1] جاء في كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، تقي الديت ، أبي بكر بن محمد الحسيني الشافعي ج١ ص٥٨ " وقولنا بعوض معلوم إحترزنا به عن الأجرة المجهولة فإنها لا يصح جعلها أجرة ، فإنه ثمن المنفعة وشرط الثمن أن يكون معلوما ، ولأن الجهل به غرر" - الطبعة الثالثة ، الشئون الدينية بدولة قطر.

[2] أخرجه البيهقي وضعفه ، راجع الإرواء ، الألباني :١٤٩ .

[3] انظر الإجارة الواردة علي عمل الانسان ، د/شرف علي الشريف ، دار الشروق جدة - الطبعة الأولي ، ١٤٠٠هـ -١٩٨٠م.

[4] انظر : د/شريف علي الشريف ، المرجع السابق ، ص٢٧٤.

أ- فإذا كان مقاول البناء يعمل في البناء وهو في حيازته حيازة تامة فإنه لا يكون مسلماً للبناء إلا بالتخلية بينه وبين البناء بحيث يكون في حيازة مقاول البناء الصلي (رب العمل العرضي).

ب- إما إذا كان البناء في حياوة مقاول البناء الصلي ، ويعمل فيه مقاول البناء من الباطن فإنه يكون قد سلم البناء فور انتهائه من العمل ويستحق علي ذلك الأجرة[1] .

٨٥- أما إذا هلك البناء في يد مقاول البناء من الابطن أي قبل تسليمه وأقام البينة علي عدم تفريطه أو تعديه عليها فهو غير ضامن لها ، ولكن هل يلزم مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) دفع الأجرة له .

اختلف الفقهاء في مسألة الأجير للمشترك (مقاول البناء من الباطن) علي ثلاثة آراء:

---

[1] جاء في المغني قوله : (وكل من أستؤجر علي عمل عين فلا يخلوا إما أن يوقعه وهو في يد الأجير كالصباغ يصبغ في حانوته، والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتي يسلمها إلي المستأجر ولا يستحق الأجر حتي يسلمه مفروغاً منه ، لأن المعقود عليه في يده فلا يبرأ منه حتي يسلمه إلي العاقد كالبيع من الكعام لا يبرأ منه قبل تسلمه للمشتري ، واما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلي داره ليخيط فيها فإنه يذبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لأنه في يد المستأجر فيصير مسلماً للعمل حالاً فحالاً ، ولو استأجر رجلاً يبني له حائطاً في داره أو يحفر فيها بئراً لبرىء من العمل واستحق أجره بمجرد عمله" - والمغني والشرح الكبير ،لابن قدامة ج٦ ص١١٤ ، طبعة المكتبة السلفية - المدينة المنورة.

الأول : أن مقاول البناء من الباطن إذا أثبت هلاك العين بدون تعد منه فلا ضمان عليه ولا أجرة وذلك قياساً علي مسألة الأجير ، وممن قال بهذا الرأي مالك في المدونة، وابن القاسم من المالكية وبعض الحنابلة[1] .

والثاني : ان لمقاول البناء من الباطن (الأجير المشترك) أجره إذا فرغ من جميع العمل أو بعضه[2] ، والرأي الصالص : قال به جمهور الفقهاء حيث فصلوا القول بأنه : إذا إنفرد الصناع (مقاول البناء من الباطن) باليد علي العين (البناء) فلا أجرة له، لأن الأجرة لا يستحقها إلا بتسليم العين (البناء) إلي مقاول البناء الصلي (رب العمل العرضي) ، أمام إذا لم ينفرد العامل (مقاول البناء من الباطن) باليد علي العين المصنوعة أو كانت يحضرها رب العمل (مقاول البناء الصلي) فإنه يستحق الأجرة بالفراغ من العمل لأن يد المستأجر عليه فوقع العمل مسلماً لصاحبه ، فإذا فرغ منه فقد استلمه صاحبه[3] .

---

[1] جاء في المدونة الكبري ، الامام مالك ج٣ ص٤٤٠ – دار الفكر للطباعة والنشر – بيروت – لبنان ١٣٩٨هـ – ١٩٧٨م (أما ما ضاع عند اهل الأعمال مثل الصباغين والخياطين ومن ذكرت منعهم فلا أجر لهم وعليهم الضمان لازم.... إلا ان تقوملهم بينه علي الضياع فيبرؤون من الضمان ولا أجر لهم لأنهم لم يسلموا ما عملوا إلي أرباب ذلك المتاع) – وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد طبعة ٦ سنة ١٤٠٢هـ–١٩٨٢ ، دار المعرفة بيروت – ج٢ ص٢٣٣.

[2] انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق ، ج٢ ص٢٣٣ حيث قال ابن المواز " لهم الأجرة ... ووجه ما قال أن المعيبة إذا أنزلت بالمستأجر فوجب ألا يمضي عمل الصناع باطلاً".

[3] انظر شرح روض الطالب في اسني المطالب ، أبي يحي زكريا الأنصاري الشافعي ج٢ ص٤٢٦.

والراجح من وجهة نظرنا : ان مقاول البناء من الباطن لا يستحق الأجر من مقاول البناء الصلي إذا هلك البناء وهو في حيازته بأمر غالب لا يمكن التحرز منه ، كما أنه لا ضمان عليه سواء كان في حضرة مقاول البناء الأصلي ، أو لم يكن ، لأن إتلاف البناء من غير تفريط أو تعد منه قضاء وقدر حل بمال رب العمل (مقاول البناء الأصلي) والمقاول من الباطن معاً أي بجهد مقاول البناء من الباطن ، ومال رب العمل (مقاول البناء الأصلي) والقول بإلزام المقاول من الباطن بالضمان أو إلزام مقاول البناء الأصلي بدفع الأجرة فيه ضرر بأحدهما لا محالة ومخالفة للقاعدة التي تجري عليها الأحكام (لا ضرر وضرار).

٨٦- وهل يكون لمقاول البناء من الباطن الأجرة إذا كان التأخير بسبب مقاول البناء الأصلي) ذهب ابن قدامة إلي القول بام مقاول البناء من الباطن (الأجير) لا يستحق الأجر طالماً لم يعمل سواء كان بسبب يرجع إلي مقاول البناء الأصلي (رب العمل العرضي) أو لسبب غيره لأن مقاول البناء الصلي لم يستوف العمل من مقاول البناء من الباطن حتي يلتزم بدفع الأجر له[1] .

---

[1] جاء في المغني والشرح الكبير ، لابن قدامة ج٦ ص١٢٦ (ومن استؤجر علي عمل موصوف في الذمة كالخياط أو بناء ..... فبذل الأجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الأجرة بذلك، لأنه عقد علي المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها".

علاوة علي أن مقاولات البناء في هذا العصر قد تكلف أجرتها في مدة التأخير مبالغ كبيرة في بعض حالاتها فلو أوجبنا علي رب العمل (مقاول البناء الأصلي) في حالتنا هنا دفع الأجرة للحق به ضرراً خلافاً للقاعدة أنه "لا ضرر ولا ضرار".

ولكن يحق لمقاول البناء من الباطن في هذه الحالة أن يطلب فسخ العقد (عقد المقاول من الباطن) ولا يلتزم بأي جزاء تجاه مقاول البناء الأصلي من جراء تأخير رب العمل (مقاول البناء الأصلي) له.

٨٧- هل يحق لمقاول البناء من الباطن حبس البناء حتي يستوفي أجرة من رب العمل (مقاول البناء الأصلي) أم لا؟

أختلف الفقهاء في مسألة حبس الأجير العين حتي يستوفي أحره علي ثلاثة أقوال :-

الأول: لا يجوز للأجير (مقاول البناء من الباطن هنا) حبس العين[1] (البناء) لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له أحتباسها . والثاني : قال بجواز قيام الأجير (مقاول البناء من الباطن في حالتنا) بحبس العين (البناء)

[1] جاء في المجموع ، للنووي ج١٥ ص١٠٩ طبعة دار الفكر - بيروت لبنان قال الشيرازي : إذا إستأجر صانعاً علي عمل فعمل فهل له أن يحبس العين علي الأجرة ؟ فيه وجهان : الأول : لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له أحتباسها ، كما لو أستأجره ليحمل له متاعاً فحمله ثم أراد أن يجبس العين علي الأجرة".

حتي يستوفي أجره وهذا هو رأي الجمهور[١] وذلك لأن عمله ملكه فجاز له حبسه علي العوض كالبيع في يد البائع[٢] ، علاوة علي أنه يجوز للأجير المشترك (مقاول البناء من الباطن) حبس العين المصنوعة (البناء) إذا أفلس المستأجر (مقالو البناء الأصلي)[٣] .

ونرجح الرأي الذي ذهب إلي القول بأنه يجوز للأجير (مقاول البناء من الباطن) أن يحبس العين (البناء) من أجل الأجرة لأن مقاول البناء من الباطن قد تعلق حقه بالبناء بسبب عمله فيها فأصبح شريك المالك في العين حتي يستوفي أجرته منه أو من غيره ، ولا شأن له بتفليس رب العمل (مقاول البناء الأصلي) ما دامت العين (البناء) تحت يده وفي حيازته، كما أن القول بالحبس فيه سد لذريعة مماطلة أرباب الأعمال لعدم الوفاء بما استحق عليهم للمقاولين من الباطن.

---

(١) جاء في كشف الحقائق شرح كنز الدقائق عبد الحكيم الأفغاني ج٢ ص٥٣ قوله " ومن لعمله أثر في العين (كالصباغ والقصار بحبسها للأجر) ، لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله جق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع (فإن حبس فضاع فلا ضمان)، لأنه غير معتد في الحبس فبقي أمانه كما كان عنده (ولا أجر) لعدم تسلم المعقود عليه " . أنظر المدونة الكبري، لأمام مالك ج٣ص٤٤٠ .

(٢) انظر المهذب ، الشيرازي ج١ ص٤١٠ – بدائع الصنائع ، الكاساني ج٤ ص٢٠٤ .

(٣) انظر منتتهي الارادات – تقي الدين محمد أحمد الفتوحي ، تحقيق د/عبد الغني عبد الخالق مكتبة دار المعارف ، مصر ج١ ص٣٩٣ .

فهـــرس